

Kravet til «rimelige tiltak» for beskyttelse av forretningshemmeligheter

med utgangspunkt i lov om vern av
forretningshemmeligheter § 2 c).

Et forsøk på en rasjonalisering.

Kandidatnummer: 102

Antall ord: 12 691



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	3
1.1 Tema, aktualitet og problemstilling.....	3
1.2 Rettskildebildet	4
1.2.1 Utfordringer i skrivesemesteret: utbrudd av COVID-19 og påfølgende samfunnsmessige restriksjoner	4
1.3 Noen avgrensninger og avklaringer	5
1.4 Fremstillingen videre.....	6
2 Opptakt	7
2.1 § 2 c) - en ny legaldefinisjon i norsk rett.....	7
2.2 Rasjonalisering av en rettslig standard.....	7
2.3 Litt historikk og bakgrunn for forretningshemmelighetsloven	9
2.3.1 Forretningshemmelighetens plassering i norsk rett før forretningshemmelighetsloven	9
2.3.2 Bakgrunn for ny lov og ny legaldefinisjon	10
3 Rimelige tiltak.....	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Kort om «tiltak».....	14
3.3 «Rimelige» tiltak.....	17
3.3.1 Lovtekstens ordlyd	17
3.3.2 Lovens forarbeid: aktive tiltak	19
3.3.3 Ytterligere vurderingsmomenter fra Prop. 5 LS (2019-2020).....	23
3.3.4 Delkonklusjon	24
3.4 Mulig inspirasjon fra våre skandinaviske naboland	26
3.5 Mulig inspirasjon fra beslektede rettsområder	28
3.5.1 Innledning og underproblemstillinger	28
3.5.2 Kan det strenge kravet til hemmelighold i patentretten gi noen veiledning til rasjonaliseringen?.....	28
3.5.3 Kan rettsanvender ta hensyn til individuelle forhold hos innehaveren ved vurderingen av om det er iverksatt «rimelige tiltak»?.....	36
3.5.4 Delkonklusjon	39
4 Avslutning	40
Litteraturliste	42

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

For de fleste næringsdrivende er immaterielle verdier som oppfinnelser, produksjonsmetoder og andre typer opplysninger noe av det mest verdifulle bedriften innehar. Dermed er det også svært viktig å beskytte slike opplysninger mot rettstridige inngrep fra for eksempel konkurrenter, samarbeidspartnere eller illojale ansatte.

Denne våren ble lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) vedtatt av Stortinget¹. Loven er pr. 08.06.20 ikke trådt i kraft. Forretningshemmelighetsloven samler reglene til beskyttelse av forretningshemmeligheter i én lov, og erstatter samtidig da de eksisterende bestemmelsene i lovgivningen knyttet til forretningshemmeligheter. Pr. 08.06.20 er reglene til beskyttelse av forretningshemmeligheter plassert i markedsføringsloven², tvisteloven³, straffeloven⁴, straffeprosessloven⁵ og patentloven⁶. Den nye forretningshemmelighetsloven vil dermed gjøre regelverket knyttet til beskyttelse av forretningshemmeligheter mer oversiktlig.

I forretningshemmelighetslovens § 2 introduseres en legaldefinisjon av begrepet «forretningshemmeligheter». Vilkåret i legaldefinisjonens bokstav c) lyder slik:

«med forretningshemmeligheter menes opplysninger som (...) innehaveren har truffet *rimelige tiltak* for å holde hemmelige» (min kursivering).

Dette kravet om å foreta «rimelige tiltak» for å holde sine opplysninger hemmelige er temaet for avhandlingen min. Vilkåret legger opp til en konkret vurdering etter en rettslig standard⁷, som ikke i seg selv gir nevneverdig veiledning for hvordan den skal forstås eller anvendes i praksis. Avhandlingens hovedproblemstilling er dermed *om det finnes eller kan oppstilles noen retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for rettsanvender ved vurderingen av om kravet til «rimelige tiltak» etter forretningshemmelighetsloven § 2 c) er innfridd.*

¹ Se link til lovens saksgang i litteraturlisten.

² Lov 09. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven – mfl.)

³ Lov 06. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)

⁵ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)

⁶ Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven – patl.)

⁷ Se avhandlingens punkt 2.3, hvor det redegjøres for begrepet «rettslig standard».

1.2 Rettskildebildet

Rettskildebildet avhandlingen står ovenfor er nokså tomt. Forretningshemmelighetsloven er en helt ny lov, og dermed er det også svært få rettskilder i direkte tilknytning til loven. I og med at loven ikke er trådt i kraft på tidspunktet for innlevering av denne oppgaven, så foreligger det ingen rettspraksis i tilknytning til loven.

Loven viderefører imidlertid i stor grad gjeldende rett⁸, noe som skulle tilsi at de eldre rettskildene fremdeles kan anvendes. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfelle, da forarbeidene til forretningshemmelighetsloven antyder at kravet til «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 c) innebærer en «forsiktig skjerping»⁹ av tiltakskravet. Dette skal jeg komme tilbake til i kapittel 3.

Bakgrunnen for lovendringen er EUs forretningshemmelighetsdirektiv¹⁰ fra 2016. Det foreligger imidlertid ingen relevant rettspraksis fra EU i tilknytning til vilkåret «reasonable measures» i forretningshemmelighetsdirektivet art. 2 nr. 1. Det er også skrevet svært lite om tematikken i juridisk teori.

1.2.1 Utfordringer i skrivesemesteret: utbrudd av COVID-19 og påfølgende samfunnsmessige restriksjoner

I mars 2020 stengte Norge ned som følge av den globale COVID-19-pandemien. Dette gjaldt også Universitetet i Bergen, inkludert alle lesesaler og bibliotek.

Pandemien har ført til et veldig annerledes skrivesemester, da det over en periode påvirket mulighet og evne til å ha fullt fokus på masteravhandlingen. Å plutselig befinne seg på hjemmekontor uten tilgang på sine vante ressurser, er selvsagt en utfordring for de fleste, i tillegg til de helsemessige, familiære og mellommenneskelige bekymringer som pandemien førte med seg. Jeg er glad for at det juridiske fakultet på bakgrunn av dette gav en generell

⁸ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 116

⁹ Ibid s. 25

¹⁰ Europaparlaments- og Rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering (forretningshemmelighetsdirektivet)

utvidelse av innleveringsfristen på fire uker¹¹. Det har vært adgang til å søke om ytterligere utvidelse av innleveringsfristen, noe jeg ikke har benyttet meg av.

Tilgang til biblioteket har vært ikke-eksisterende i store deler av semesteret, og har påvirket muligheten til å enkelt sjekke ut ulike kilder. Også muligheten til å benytte seg av rådgivning fra universitetets bibliotekartjenester for å finne ulike kilder har vært fraværende. Jeg tror imidlertid at jeg likevel har klart å finne frem til det jeg har hatt behov for av kilder, på bakgrunn av allerede innkjøpt litteratur til privat bruk, og på bakgrunn av nettsteder som nasjonalbiblioteket, lovdata og rettsdata.

I løpet av semesteret gjorde jeg forsøk på å komme i kontakt med justisdepartementene i Sverige og Danmark, for å forhøre meg om implementeringen av forretningshemmelighetsdirektivet i disse landene, hvorvidt det hadde kommet noen rettspraksis i tilknytning til rimelighetskravet, og om de hadde noen tanker og innspill som jeg kunne dra nytte av i avhandlingen min. Disse forsøkene gav ikke resultater, da ingen i de relevante departementene hadde anledning til å snakke med en norsk masterstudent. Dette er for såvidt forståelig i lys av pandemien.

1.3 Noen avgrensninger og avklaringer

De resterende vilkårene i legaldefinisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2

Avhandlingen vil kun reise spørsmål i tilknytning til forretningshemmelighetsloven § 2 litra c), og vil dermed ikke ta for seg forretningshemmelighetslovens § 2 første ledd litra a) og b), og ei heller § 2 andre eller tredje ledd.

Om bruken av begrepet «forretningshemmelighet»

I avhandlingen brukes konsekvent ordet «forretningshemmelighet». Det er dette ordet som defineres, og benyttes, i den nye forretningshemmelighetsloven, og i medfølgende endringer i andre lover. Dermed kommer «forretningshemmelighet» til å bli det enhetlige ordet i lovgivingen ved ikrafttreddelsen av forretningshemmelighetsloven. Det forutsettes i avhandlingen at ord som «bedriftshemmelighet», «driftshemmelighet» o.l. som ble brukt i

¹¹ Jf. 2020/3263-CHO Dekanvedtak om innleveringsfrister for masteroppgaver våren 2020, 20.03.20

tidligere lovgivning, er å anse som dekket innenfor rammene av betydningen av ordet «forretningshemmelighet»¹².

«Informasjon» vs. «opplysninger» og andre potensielle språklige forskjeller

Innledningsvis i sine definisjoner av «trade secret» benytter både forretningshemmelighetsdirektivet og TRIPS-avtalen¹³ ordet «information» for å betegne størrelsen som potensielt har vern. I den norske loven så er ordet «opplysninger»¹⁴ benyttet, istedenfor den direkte oversettelsen til det norske ordet «informasjon». Hvorvidt dette medfører noen realitetsforskjell eller ikke er ikke tema for avhandlingen min¹⁵.

Ingen slike potensielle språklige forskjeller mellom forretningshemmelighetsloven, forretningshemmelighetsdirektivet, TRIPS-avtalen eller andre lands implementering av direktivet er tema for avhandlingen.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel to vil jeg ta for meg begrepene «rettslig standard» og «rasjonalisering», for å belyse hvordan jeg vil gå frem for å gjøre et forsøk på å besvare problemstillingen. Videre vil jeg belyse bakgrunnen for innføringen av en legaldefinisjon av begrepet «forretningshemmelighet» i norsk rett.

Kapittel tre er oppgavens hoveddel, hvor jeg har gjort et forsøk på å finne noen veiledende retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for rettsanvender ved vurderingen av hvorvidt kravet til «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 c) er innfridd. Først behandles lovtekst og forarbeider, med et blikk til rettsstilstanden forut for forretningshemmelighetsloven. Etter dette er våre skandinaviske nabolands implementering av forretningshemmelighetsdirektivet kort behandlet, før blikket rettes mot mulig inspirasjon til rasjonaliseringen i noen tilgrensende rettsområder.

Avslutningsvis blir delkonklusjonene jeg har kommet til oppsummert og kommentert under ett.

¹² Problematikken er omtalt i Prop. 5 LS (2019-2020) s. 17-18

¹³ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

¹⁴ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2

¹⁵ Tematikken er omtalt i Prop. 5 LS (2019-2020) på side 23 og 26

2 Opptakt

2.1 § 2 c) - en ny legaldefinisjon i norsk rett

Forretningshemmelighetsloven innfører en legaldefinisjon av begrepet

«forretningshemmeligheter» i norsk rett. Bestemmelsen oppstiller tre kriterier som må finne sted for at en opplysning skal være å anse som en forretningshemmelighet, og dermed ha vern etter loven.

«§ 2. Definisjoner

Med forretningshemmeligheter menes opplysninger som

- a) er hemmelige i den forstand at opplysningene ikke som helhet, eller slik de er satt sammen eller ordnet, er allment kjent eller lett tilgjengelig
- b) har kommersiell verdi fordi de er hemmelige
- c) innehaveren har truffet rimelige tiltak for å holde hemmelige»

Det er kravet i definisjonens 1. ledd bokstav c) som er temaet for avhandlingen. Dette er imidlertid bare ett av tre krav som må oppfylles for at «opplysninger» skal anses som en forretningshemmelighet. Opplysningene må i tillegg til å oppfylle tiltakskravet i bokstav c) ikke være «allment kjent eller lett tilgjengelig» jf. bokstav a), og opplysningene må ha «kommersiell verdi fordi de er hemmelige», jf. bokstav b).

2.2 Rasjonalisering av en rettslig standard

Oppgavens problemstilling er altså om det finnes eller kan oppstilles noen retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for hvilke tiltak som vil oppfylle rimelighetskravet i forretningshemmelighetsloven § 2 c). Et springende punkt er *hvordan* jeg skal gå frem for å forsøke å besvare problemstillingen.

Rimelighetskravet i forretningshemmelighetsloven § 2 c) bærer preg av å være en såkalt *rettslig standard*. En rettslig standard er i sin natur skjønnsmessig, da den forandrer innhold over tid ut fra hvilke sosiale normer som gjelder i samfunnet. Eksempler på andre slike rettslige standarder er «god forretningsskikk», som blant annet er et vilkår i

markedsføringsloven § 25, og «redelighet og god tro» jf. f.eks. kjøpsloven¹⁶ § 39 (2) om heving.

Begrepet «rettslig standard» ble introdusert i norsk rett av Ragnar Knoph¹⁷ i 1939, og benyttes av forfatteren om nettopp slike skjønnsmessige formuleringer som «kreve[r] stor personlig aktivitet under avgjørelsen»¹⁸. Et annet mye brukt begrep om samme fenomen er «generalklausul». Dette nevner også Knoph i sin bok fra 1939, og påpeker at det i Tyskland er vanlig å omtale rettslige standarder for generalklausuler¹⁹.

Vilkåret om at beskyttelsestiltak må være «rimelige» etter forretningshemmelighetsloven § 2 c) er altså en rettslig standard, da bruken av ordet «rimelig» gir rettsanvender stor frihet med hensyn til tolkningen av bestemmelsen. Det er imidlertid en form for lovteknisk grep å benytte seg av rettslige standarder, og gjør at innholdet i lovteksten kan utvikle seg i takt med samfunnsmessige normer.

I tilfeller hvor det er tale om en rettslig standard i lovteksten, så kan det over tid utvikle seg vurderingstema i rettspraksis som kan legges til grunn ved vurderingen, og være til hjelp for å finne frem til en forutberegnelig løsning på rettsspørsmålet²⁰.

Skjønnsutøvelsen i forbindelse med rettslige standarder vil i stor grad være overlatt til rettsanvenderen i tilfeller hvor det ikke finnes vurderingstemaer som er klarlagt og autorisert av Høyesterett eller lovgiver. Dette gir imidlertid ikke spesielt god forutberegnelighet. På bakgrunn av dette kan det være ønskelig å likevel forsøke og definere noen klarere retningslinjer for vurderingen etter den rettslige standarden. Dette kalte Ragnar Knoph å *rasjonalisere*²¹ en rettslig standard.

Knoph uttaler i sin bok fra 1939 at rasjonaliseringen «stiller sig ikke den uløselige opgaven å føre de irrasjonelle elementene (...) over i forstandmessige kategorier» men at den vil «gjør[e] et forberedende orienteringsarbeide før de irrasjonelle kreftene tar fatt, så de ikke griper til i blinde, men virker på grunnlag av et materiale som er gjennomlyst av forstanden så langt det

¹⁶ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven – kjl.)

¹⁷ Knoph (1939) s. 1-2.

¹⁸ Ibid. s. 1.

¹⁹ Ibid. s. 3.

²⁰ Et eksempel på dette er Rt. 1998 s. 1510 (Ekte Hussopp), som utpensler vurderingstema som er relevante for vurderingen av hvorvidt det er tale om et «vesentlig» kontraktsbrudd etter kjøpsloven § 25 jf. § 22.

²¹ Knoph (1939) s. 29-31

går an»²². Å rasjonalisere en rettslig standard vil altså si å forsøke og konkretisere mer skjønnsmessige vurderingstemaer gjennom retningslinjer, hensyn og momenter²³, og for deretter å foreta en helhetsvurdering hvor disse elementene tildeles vekt. Knoph anerkjenner imidlertid gjennom sitatet ovenfor at rettsanvenderen ikke kan komme utenom det han kaller de «irrasjonelle elementene» ved skjønnsutøvelsen, men at rettsanvenderen gjennom en rasjonalisering av vurderingstemaet kan avhjelpe de irrasjonelle elementene, og dermed oppnå større grad av forutberegnelighet. Eksempler på slike irrasjonelle elementer kan være rettsanvenderens egne tanker, meninger og livserfaring, som det vil være svært vanskelig for et menneske å løsrive seg helt fra.

Ragnar Knophs teori om rasjonalisering av rettslige standarder vil utgjøre en del av bakteppet for denne avhandlingen.

2.3 Litt historikk og bakgrunn for forretningshemmelighetsloven

2.3.1 Forretningshemmelighetens plassering i norsk rett før forretningshemmelighetsloven

Bestemmelsene som verner inngrep i og misbruk av forretningshemmeligheter i norsk rett er pr. 08.06.20 plassert i markedsføringsloven fra 2009, og hadde også sin plassering der i markedsføringsloven fra 1972²⁴. Dermed har rettslig vern av forretningshemmeligheter vært å anse som del av markeds- og konkurranseretten, selv om forretningshemmeligheten også har nært slektskap til immaterialretten²⁵.

I motsetning til der immaterialretten etablerer enerett til utnyttelse, etablerer markedsføringsloven forbud mot visse typer utnyttelse. Markedsføringsloven §§ 28 og 29 krever en rettsstridsvurdering for å gi beskyttelse mot påstått ulovlig utnyttelse av en forretningshemmelighet.

Ved ikrafttreddelsen av forretningshemmelighetsloven vil imidlertid reglene i markedsføringsloven som direkte gjelder forretningshemmeligheter, §§ 28 og 29, bli

²² Knoph (1939) s. 30

²³ Bergsjø og Ørjasæter i Jussens venner vol. 53, s. 335.

²⁴ Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven – mfl.) (opphevet)

²⁵ Se avhandlingens punkt 3.5.2.

opphevet²⁶. Dermed vil ikke tilknytningen til markeds- og konkurranseretten være like åpenbar som den har vært frem til nå. Likevel, så er mulighet til å beskytte sine forretningshemmeligheter en sentral del av en næringsdrivendes mulighet til å hevde seg i konkurranse- og innovasjonspregede markeder, og har dermed en nokså naturlig tilknytning til markeds- og konkurranseretten uavhengig av at lovbestemmelsene ikke lenger vil være plassert direkte i markedsføringsloven.

2.3.2 Bakgrunn for ny lov og ny legaldefinisjon

Bakgrunnen for forretningshemmelighetsdirektivet

Forretningshemmelighetsloven kommer som følge av Europaparlamentet og Rådets forretningshemmelighetsdirektiv fra 2016, som skulle styrke beskyttelsen av forretningshemmeligheter i Europa. Bakgrunnen for direktivet er EUs vekststrategi «Europa 2020»²⁷, som inkluderer et sett med målsettinger for å styrke vilkårene for innovasjon i unionen gjennom å forbedre beskyttelsen av immaterielle rettigheter, og derunder også forretningshemmeligheter. Implementering av direktivet ble iverksatt også i Norge, da det ble ansett som EØS-relevant²⁸, og har i 2020 resultert i forretningshemmelighetsloven.

Direktivet søker å løse to hovedproblemer; Insentivet til å drive med innovasjon er ikke like sterkt dersom det er svakt rettsvern for forretningshemmeligheter i unionen, da svakt rettsvern for forretningshemmeligheter kan føre til at konkurransefortrinnet som en forretningshemmelighet representerer kan gå tapt²⁹. En kilde til disse problemområdene var manglende homogen regulering av beskyttelse av forretningshemmeligheter i unionen³⁰. Risikoen for tap av vern av forretningshemmeligheter ved deling av informasjon over landegrenser var altså stor, da det var ulik regulering av rettsvernet i de ulike medlemsstatene.

Forretningshemmelighetsdirektivets legaldefinisjon av “trade secret»

I forretningshemmelighetsdirektivets artikkel 2 nr. 1 er det inntatt en legaldefinisjon av uttrykket «trade secret»;

²⁶ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 133

²⁷ Regjeringen.no om EUs vekststrategi «Europa 2020», se link i litteraturlisten.

²⁸ Jf. vedtak om innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen 29. mars 2019 ved beslutning nr. 91/2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII.

²⁹ Lunde (2015) s. 128

³⁰ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 7

“trade secret” means information which meets all of the following requirements:

- (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, *generally known among or readily accessible* to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) *has commercial value because it is secret*;
- (c) *has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret*” (min kursivering).

Legaldefinisjonen av forretningshemmelighet i forretningshemmelighetsloven § 2 a) - c) er omtrent en direkte oversettelse av direktivets legaldefinisjon av «trade secret».

Direktivets definisjon av «trade secret» er likelydende definisjonen av «trade secret» i TRIPS-avtalen art. 39 nr. 2. Med TRIPS-avtalen ble det introdusert en legaldefinisjon av en forretningshemmelighet for første gang³¹;

“Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices (10) so long as such information:

- (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, *generally known among or readily accessible* to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) *has commercial value because it is secret*; and
- (c) *has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret*” (min kursivering).

TRIPS-avtalen ble etablert av WTO³² i 1994, og er en folkerettslig avtale om de handelsmessige sidene av immaterialretten, inkludert forretningshemmeligheter³³. Norge ratifiserte avtalen allerede samme år, 1994. Per 2006 var det 149 stater som hadde tilsluttet seg avtalen³⁴.

TRIPS-avtalen var først ute med å definere et vilkår om at den næringsdrivende må ta «reasonable steps (...) to keep [the trade secret] secret»³⁵ for å få beskyttelse som forretningshemmelighet. Et lignende vurderingstema har imidlertid eksistert i norsk rett også før TRIPS-avtalen. Det vil jeg komme tilbake til i avhandlingens kapittel 3.

I forbindelse med ratifiseringen av TRIPS-avtalen ble det gitt en egen lov for å sikre at Norge overholdt sine forpliktelser etter TRIPS-avtalen. Norges tolkning av art. 39 den gang var at «Kravet om beskyttelse av forretningshemmeligheter i artikkel 39 nr 1 02 2 er oppfylt ved bl.a

³¹ Jf. Prop. 5 LS (2019-2020) s. 17

³² World Trade Organization, Verdens handelsorganisasjon.

³³ Store norske leksikon om TRIPS-avtalen, se link i litteraturlisten.

³⁴ Ibid.

³⁵ Jf. TRIPS-avtalen art. 39 nr. 2 c)

taushetspliktsreglene i forvaltningsloven og markedsføringslovens regler om bedriftshemmeligheter»³⁶. På bakgrunn av dette foreslo ikke Justisdepartementet noen lovendringer i relasjon til art. 39 nr. 2³⁷. I og med at direktivets og TRIPS-avtalens definisjon av forretningshemmelighet («trade secret») er tilnærmet helt like, trekker dette i retning av at implementering av forretningshemmelighetsdirektivets art. 2 nr. 1 ikke nødvendigvis vil medføre noen endring i rettstilstanden.

Samtidig, så er TRIPS-avtalen art. 39 nr. 2 relativt vag og romslig, og gir rom for tolkning. Dette tolkningsrommet har tidligere blitt anvendt av lovgiver, men ny nasjonal lovgivning kan gi nye føringer for rettsanvendelsen, som kan medføre endringer sammenlignet med tidligere tolkninger. Både tidligere nasjonal praksis og den nye loven opererer imidlertid innenfor rammene som TRIPS art. 39 nr. 2 tillater.

Kort om implementering av EUs forretningshemmelighetsdirektiv i våre skandinaviske naboland

For EUs medlemsland var fristen for å implementere direktivet 9. juni 2018³⁸.

Implementeringen har ført til at våre skandinaviske naboland har fått nye lover om beskyttelse av forretningshemmeligheter^{39,40,41}.

Sverige hadde en egen lov om forretningshemmeligheter forut for forretningshemmelighetsdirektivet⁴², mens i Danmark og Finland var reglene om forretningshemmeligheter plassert inn i forskjellige andre lover⁴³, på samme måte som i Norge⁴⁴.

Norske teoretikeres mottakelse av forretningshemmelighetsdirektivet

Da direktivet kom, tok juridiske teoretikere til orde for at den norske rettstilstanden på daværende tidspunkt var i samsvar med direktivet, og at det dermed ikke var noe behov for å gjøre større endringer i norsk rett som følge av implementering av direktivet.

³⁶ Ot.prp.nr.73 (1995-1996) s. 10, punkt 7.6

³⁷ Loc. cit.

³⁸ Jf. forretningshemmelighetsdirektivet art. 19 (1)

³⁹ Danmark: Lov No 309 av 25. april 2018 om forretningshemmeligheder

⁴⁰ Sverige: Lag (2018:558) om företagshemligheter

⁴¹ Finland: 10.8.2018/595 Lag om företagshemligheter

⁴² Lag (1990:409) om företagshemligheter (Upphävd författning)

⁴³ Jf. Schovsbo m.fl. (2018) s.459 og 460

⁴⁴ Jf. punkt 2.2.1

Tore Lunde var tidlig ute med å innta dette standpunktet, og i sin artikkel fra 2016 uttaler han i tilknytning til legaldefinisjonen at «I am of the firm opinion that the Directive's definition of 'trade secret' is in accordance with Norwegian law, and hence no new legislation is required in this regard»⁴⁵. Han gav i imidlertid også uttrykk for at det kunne være fordelaktig å ta inn en tilsvarende definisjon som i direktivet av forretningshemmelighetsbegrepet i norsk rett, da «a definition is valuable for the sake of clarity and for information purposes»⁴⁶.

Harald Irgens-Jensen uttalte at lovutkastet i høringsnotatet⁴⁷ ville innebære «en lovsystematisk omkalfatring, men materielt sett bærer utkastet ikke bud om dramatiske endringer»⁴⁸. I sin artikkel fra 2018 tar imidlertid Irgens-Jensen for seg noen punkter ved forretningshemmelighetsvernet, og stiller spørsmålstegn ved om den norske rettstilstanden må endres som følge av forretningshemmelighetsdirektivet⁴⁹. Et av disse punktene er spørsmålet om hvor terskelen for hva som er å anse som «rimelige foranstaltninger»⁵⁰ ligger⁵¹.

⁴⁵ Lunde (2016) s. 135

⁴⁶ Loc. cit.

⁴⁷ Snr. 18/6167 Høring – lov om vern av forretningshemmeligheter

⁴⁸ Irgens-Jensen (2018) s. 516

⁴⁹ Loc. cit.

⁵⁰ Jf. forretningshemmelighetsdirektivet art. 2.1 c), dansk utgave.

⁵¹ Irgens-Jensen (2018) s. 523

3 Rimelige tiltak

3.1 Innledning

Rettskildebildet i tilknytning til forretningshemmelighetsloven er, som nevnt innledningsvis under punkt 1.2, omtrent tomt. Selv om det mangler rettspraksis, myndighetspraksis, rettsoppfatninger og juridisk teori så har vi imidlertid tilgang på selve lovteksten og lovens forarbeid⁵². Dette er de to rettskildefaktorene som befinner seg øverst i hierarkiet av rettskildefaktorer⁵³.

I dette kapittelet vil jeg undersøke de to rettskildene som vi har i tilknytning til loven, se på hva de isolert sett sier, og sammenligne med noen eldre rettskilder. Hvilket tolkningsbidrag kan vi hente fra lovteksten og forarbeidet, og kan dette gi noen veiledning til rasjonaliseringen av vilkåret «rimelige tiltak»⁵⁴? Til sist i kapittelet vil jeg rette blikket utover mot andre rettsområder, og se om det er mulig å foreta noen systembetraktninger.

Det springende punkt er hvilket nivå av beskyttelsestiltak som faller inn under vilkåret «rimelig», og hvordan rettsanvenderen skal gå frem for å vurdere dette.

3.2 Kort om «tiltak»

Vilkåret «rimelige tiltak» er, som nevnt, vagt. Ordlyden gir ingen konkret veiledning til hvordan vilkåret skal forstås, utover det at innehaver må treffe «tiltak» for å holde sine opplysninger hemmelige og at disse må være «rimelige». Før jeg går videre for å se på hvor terskelen for «rimelige» tiltak ligger vil jeg kort kommentere hva som egentlig er å anse som et «tiltak» for beskyttelse av sine opplysninger.

En naturlig språklig forståelse av «tiltak» tilsier at må være foretatt noen skritt eller iverksatt forholdsregler for å beskytte innehaverens opplysninger. Lovtekstens ordlyd i § 2 c) gir ingen veiledning med hensyn til hvilke konkrete typer skritt det dreier seg om.

⁵² Prop. 5 LS (2019/2020)

⁵³ Eckhoffs rettskildelære (Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. utgave, 2001) har vært utgangspunktet for norske juristers juridiske metode i mange generasjoner. Første utgave utkom i 1971. Hans avveingsmodell identifiserer syv rettskildefaktorer, som rangeres i rekkefølge etter tyngde, basert på hvordan Høyesterett har tillagt rettskildene vekt i sin praksis over svært lang tid.

⁵⁴ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

I det praktiske liv så finnes det imidlertid en stor meny av ulike tiltak som kan gjennomføres til beskyttelse av forretningshemmeligheter, og som er mer eller mindre vanlige å faktisk benytte seg av. I og med at det eksisterer mange ulike typer tiltak, så synes det naturlig å nevne noen vanlige typer tiltak, for å eksemplifisere.

Et svært vanlig tiltak som mange næringsdrivende benytter seg av er å *merke dokumenter som hemmelige eller konfidensielle*. Det finnes ulike måter å gjøre dette på. En måte er å stemple, bruke vannmerke eller skrift på dokumentet for å indikere hemmelighold, for eksempel «top secret», «confidential» eller «hemmelig». På denne måten markeres hvert enkelt dokument som hemmelig. Dette ble eksempelvis gjort i Cirrus-dommen⁵⁵, hvor de omtvistede tegningene var stemplet med en engelsk tekst som opplyste om «eiendomsretten til tegningen, og at denne ikke måtte bli kopiert, reproduisert, endret eller brukt i produksjon uten at det forelå skriftlig samtykke fra Cirrus»⁵⁶.

En annen tilnærming til bruk av hemmelighetsmarkering er å mer generisk merke *alle* dokumenter, eller typisk e-poster, som hemmelige. En e-post vil da typisk inneholde en automatisk signatur med en tekst som inneholder en indikasjon på at noe er hemmelig, for eksempel:

«KONFIDENSIELT – Mottakeren av denne e-posten samtykker til å holde innholdet hemmelig.»

eller

«Denne e-posten er konfidensiell. Dersom e-posten er feilsendt, vennligst slett den og kontakt undertegnede»⁵⁷.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om slik generisk markering tilfredsstiller kravet til «rimelige tiltak» jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c), i og med at det ikke er tatt et bevisst valg ved å beskytte det bestemte innholdet som hemmelighetsmarkeres. Slik automatisk markering vil innebære at e-poster som kun inneholder høflighetsfraser eller dagligdags samtale også vil bli markert som hemmelige, i tillegg til alt annet, som kan være mer ordinær informasjon eller faktiske forretningshemmeligheter, og det kan dermed tenkes at slik merking kanskje ikke vil komme over terskelen for hva som er «rimelige» tiltak. På tross av

⁵⁵ Rt. 1997 s. 199

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ De to eksempeltekstene er skrevet på bakgrunn av e-postsignaturer jeg har sett i brukt av firmaer og personer jeg selv har hatt kontakt med.

dette synes det likevel klart at det er tale om et gjennomført «tiltak». Dette eksempelet belyser behovet for å rasjonalisere innholdet i begrepet «rimelige tiltak»⁵⁸.

En annen kategori av beskyttelsestiltak er ulike typer *sikkerhetstiltak*, altså beskyttelse mot at utenforstående i det hele tatt får tilgang til opplysningene. Dette kan være gjennom sikkerhetstiltak i selve lokalet, bruk av ID-kort, vakter, kamera og begrenset adgang til bedriftens lokaler. Fokus på digital sikkerhet gjennom bruk av sikkerhetstiltak som *passordbeskyttelse og sikre innloggingsmetoder* hvor forretningshemmeligheter ligger lagret digitalt er svært vanlig. *Kryptering* er også en vanlig metode, selv om Høyesterett i Kværner-kjennelsen⁵⁹ ikke anså kryptering som påkrevd. Bruk av sikkerhetsstandarder er også noe mange bedrifter velger å benytte seg av, eksempelvis ISO 27001.

Videre kan en *bevisstgjøring innad i bedriften* om hva som faktisk utgjør forretningshemmeligheter være et nyttig tiltak. Dette blir gjerne gjennomført ved å utarbeide en såkalt «I.P.R.-strategi»⁶⁰, altså en strategi for å forvalte bedriftens immaterielle rettigheter og verdier. Denne strategien kan inneholde *opplæring av ansatte* i håndtering av forretningshemmeligheter, og orientering og bevisstgjøring rundt hva som faktisk utgjør bedriftens forretningshemmeligheter, gjerne gjennom et slags *register*. Å be samarbeidspartnere og ansatte som har fått tilgang til fysiske kopier om å enten *levere materialet tilbake eller destruere materialet* kan være noe av det som fremgår av en I.P.R.-strategi, sammen med utstrakt bruk av *konfidensialitetsavtaler*, og såkalte NDA-er (Non-disclosure agreement), gjerne ovenfor både samarbeidspartnere, ansatte og innleide konsulenter.

Begrensing av personkretsen som har tilgang til konfidensiell informasjon til et «need to know»-nivå, er også et vanlig tiltak for å sikre at ikke personkretsen som har tilgang blir uoversiktlig. Dette innebærer at det er kun personer som faktisk trenger tilgang til informasjonen for å kunne utføre nødvendige oppgaver i bedriften, som skal få tilgang.

Tiltakene som er nevnt i avsnittene ovenfor er altså bare noen eksempler på tiltak som innehavere av forretningshemmeligheter kan foreta seg, og som også er relativt vanlige tiltak. Harald Irgens-Jensen⁶¹ og Lunde og Lundby Michaelsen⁶² nevner tilsvarende typer av tiltak i

⁵⁸ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

⁵⁹ Rt. 2003 s. 825 Kværner-kjennelsen

⁶⁰ Intellectual property rights, det engelske begrepet for immaterielle rettigheter, blir ofte forkortet til I.P.R.

⁶¹ Harald Irgens-Jensen (2010) s. 240.

sine bøker. Lovens forarbeid⁶³ lister også opp en rekke av de overnevnte tiltakstypene som eksempler på hva «tiltak kan bestå i»⁶⁴. Dette tilsier altså at hva som faktisk utgjør et tiltak ikke er veldig problematisk. Det springende punkt er hvilket enkelttiltak eller kombinasjoner av tiltak som vil være nok til å komme over terskelen for hva som anses som «rimelige tiltak» etter forretningshemmelighetsloven § 2 c).

3.3 «Rimelige» tiltak

3.3.1 Lovtekstens ordlyd

En naturlig språklig forståelse av «rimelig» tilsier at det er tale om noe som er fornuftig, forstandig og passelig å kreve. At lovteksten i forretningshemmelighetsloven § 2 c) oppstiller et vilkår om å foreta «*rimelige*» tiltak, og ikke bare tiltak, tilsier at det dreier seg om å foreta et fornuftig antall, eller typer tiltak som vil fremstå som passende. Det er, som tidligere nevnt, lite konkret å hente i selve ordlyden i lovteksten, og store deler av innholdet i vurderingen legges i rettsanvenderens hender.

Det er klart at det å gjennomføre *ingen* tiltak ikke er tilstrekkelig, da ordlyden faktisk stiller krav til å gjennomføre «tiltak»⁶⁵. Det synes også nokså klart at å gjennomføre svært mange og/eller svært omfattende typer av tiltak også klart må overstige terskelen. Det springende punkt er altså hva som er midt i mellom. Ordlyden «rimelig» tilsier kanskje at det ikke er tale om et veldig strengt krav, og gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Tiltakskravet forut for forretningshemmelighetsloven, til sammenligning

Vilkåret «rimelige» tiltak, eller ««reasonable» steps» på engelsk, kom altså i første omgang fra TRIPS-avtalen, som nevnt ovenfor i punkt 2.3.2. Før dette fantes det altså ikke noen lov-, direktiv- eller traktatfestet definisjon i norsk rett angående hva som måtte til for at opplysninger skulle ha vern som forretningshemmelighet⁶⁶.

⁶² Lunde og Lundby Michaelsen (2019) s. 335

⁶³ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 119-120

⁶⁴ Loc. cit.

⁶⁵ Se ovenfor, punkt 3.2

⁶⁶ Jf. Prop. 5 LS (2019-2020) s. 17

Uttrykket «bedriftshemmelighet» var imidlertid delvis definert i forarbeidet til markedsføringsloven fra 1972⁶⁷. I dette forarbeidet⁶⁸ står det til den daværende markedsføringslovens § 7 at

*"Til bedriftshemmelighet kreves at det foreligger en viten som er spesifikk for vedkommende bedrift, og som er av betydning for dens virksomhet. (...) Det må imidlertid stilles **visse krav** til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten kreves at den uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen"* (min kursivering og utheving).

Allerede i 1972 oppstilte altså overnevnte forarbeid tre krav for at en opplysning skulle få vern som forretningshemmelighet, inkludert kravet om at bedriften i noen grad må foreta tiltak for å beskytte sine opplysninger. Dette er formulert som at det stilles «visse krav» til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Bruken av formuleringen «visse krav» tilsier at det stilles noen krav, men i hvor stor grad det stilles krav, er uklart. Dette trekker i retning av at kravene som måtte stilles til bedriftens forhold etter forarbeidet ikke var veldig høye for å få vern som en forretningshemmelighet. Denne forståelsen underbygges av formuleringen som kommer i forarbeidets neste setning, som gir anvisning på at kravet på hemmelighold kan ligge «i selve situasjonen»⁶⁹.

Oppsummering

Forretningshemmelighetslovens ordlyd i § 2 c) gir altså lite bidrag til plasseringen av terskelen for «rimelige» tiltak. Dette er typisk for en rettslig standard⁷⁰, og legger dermed mye av vurderingen over i rettsanvenderens hender. Selv om legaldefinisjonen av «forretningshemmelighet» i § 2 c) er ny i norsk rett, så var det allerede før vi fikk TRIPS-avtalen gjeldende norsk rett at dersom opplysninger skulle anses som en «bedriftshemmelighet» så måtte det stilles «visse krav» til bedriftens forhold for at en hemmelighet skulle være beskyttet⁷¹.

Ordlyden av «visse krav» synes å etablere en lavere terskel for oppnåelse av vern for forretningshemmeligheter enn det forretningshemmelighetslovens ordlyd «rimelige tiltak» tilsier. At kravet på hemmelighold kan ligge «i selve situasjonen»⁷² underbygger denne

⁶⁷ Nå opphevet, erstattet med markedsføringsloven fra 2009

⁶⁸ NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Se punkt 2.3

⁷¹ Jf. NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

⁷² Ibid.

forståelsen, og tilsier dermed at vurderingstemaet fra det eldre forarbeidet representerer en lavere terskel for oppnåelse av vern enn hva som vil være tilfellet etter forretningshemmelighetsloven § 2 c).

Det kan imidlertid ikke stilles opp noen spesifikke veiledende retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for vurderingen på bakgrunn av lovens ordlyd i seg selv, utover at det skal foretas en konkret vurdering av de gjennomførte tiltak.

3.3.2 Lovens forarbeid: aktive tiltak

I tillegg til lovteksten foreligger det, som nevnt, et forarbeid til loven, Prop. 5 LS (2019-2020). Lovforarbeider produseres av for eksempel Stortingets komiteer eller fagjurister i forbindelse med utarbeidelse av nye lover. Lovtekstens demokratiske legitimitet "smitter over" på forarbeidene, da disse dokumentene har ledet frem til vedtakelsen av loven.

Et forslag til lov om vern av forretningshemmeligheter var på høring vinteren 2018/2019⁷³, og fra denne høringen foreligger det høringsnotat, og flere høringssvar fra ulike samfunnsaktører⁷⁴.

Dette delkapittelet vil ta for seg hvorvidt disse forarbeidene inneholder informasjon som kan gi bidrag til rasjonaliseringen av «rimelige tiltak» jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c).

Høringsnotatet, og høringssvaret fra Harald Irgens-Jensen⁷⁵

Høringsnotatet⁷⁶ påpeker at forretningshemmelighetsdirektivet ikke gir noen nærmere veiledning til tolkningen av «rimelige tiltak», og sier videre at «når direktivets ordlyd viser til at opplysningene er «underkastet foranstaltninger»⁷⁷, «kan det synes å forutsette at innehaveren av forretningshemmeligheten *aktivt* har foretatt seg noe for å beskytte opplysningene» (min kursivering)⁷⁸. Det oppstilles altså her en mulig veiledende norm for

⁷³ Snr. 18/6167

⁷⁴ Ordlyden i vilkåret i høringsnotatets forslag til § 2 c) fraviker noe fra den lovteksten som faktisk ble vedtatt av Stortinget til § 2 c) i forretningshemmelighetsloven. Dette har imidlertid ikke noe å si for avhandlingen min, da vilkåret «rimelige tiltak» er akkurat det samme i både høringsnotatet og den endelige lovteksten.

⁷⁵ Innspill til høring (Snr. 18/6167) fra Harald Irgens-Jensen.

⁷⁶ Snr. 18/6167

⁷⁷ Høringsnotatet refererer til den danske versjonen av forretningshemmelighetsdirektivet, og derav er det den danske ordlyden som er gjengitt i dette sitatet.

⁷⁸ Snr. 18/6167 s. 21

hvordan vilkåret «rimelige» tiltak skal anvendes. Innehaveren av opplysningen må ha foretatt *aktive* tiltak, i motsetning til å forholde seg rent passiv.

Videre utdypes det at «ordlyden kan forstås slik at det oppstilles krav til aktivitet fra innehaveren. Det vil være normalsituasjonen. Samtidig gir ordlyden ikke grunnlag for å utelukke at det i konkrete tilfeller kan være tilstrekkelig at det følger en klar forutsetning om hemmelighold av selve situasjonen der det gis tilgang til opplysningene»⁷⁹. Høringsnotatet bruker altså samme formulering som forarbeidet til markedsføringsloven fra 1972⁸⁰, ved at kravet til hemmelighold kan ligge i «selve situasjonen». Samtidig antydes det at det i noen grad også kan oppstilles et *aktivitetskrav* til innehaveren. Det fremstår som uklart hvorvidt dette innebærer en skjerping av tiltakskravet.

Harald Irgens-Jensen⁸¹ mente også at uttalelsene i relasjon til lovutkastets § 2 c) i høringsnotatet⁸² var uklare, og kom på bakgrunn av dette med et innspill i høringsrunden⁸³. Irgens-Jensen påpekte at det var uklart hvorvidt departementet la til grunn samme rettstilstand som Rt. 2007 s. 1841 (SAS/Braathens-dommen) gav uttrykk for, og om departementet ønsket å opprettholde denne, «eller om departementet foreslår en (forsiktig) innstramming»⁸⁴. Kommentaren hans kom på bakgrunn av at høringsnotatet, som nevnt, antydet at ordlyden gav anvisning på krav om *aktive* tiltak, og samtidig også gav uttrykk for at «forslaget til legaldefinisjon vil i hovedsak gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett, men de ulike elementene gis et noe annet språklig uttrykk enn det som følger av rettspraksis og juridisk teori»⁸⁵.

For å forklare ytterligere hvorfor å kreve aktive tiltak står i et misforhold til gjeldende rett, blir det nødvendig å gi litt bakgrunnsinformasjon om nettopp den overnevnte dommen fra Høyesterett, Rt. 2007 s. 1841 (SAS/Braathens-dommen).

⁷⁹ Snr. 18/6167 s. 24

⁸⁰ som nevnt ovenfor under punkt 3.3.1

⁸¹ Førsteamanuensis ved det juridiske fakultet i Oslo og skrev doktorgrad om forretningshemmelighetsvernet.

⁸² Snr. 18/6167

⁸³ Innspill til høring (Snr. 18/6167) fra Harald Irgens-Jensen.

⁸⁴ Loc. cit.

⁸⁵ Snr. 18/6167 s. 22

Tiltakskravet etter SAS/Braathens-dommen

Som nevnt, ble det i forarbeidene til markedsføringsloven forutsatt at kravet til hemmelighold kan ligge i «selve situasjonen»⁸⁶. Dette er fulgt opp i rettspraksis, og da særlig i Rt. 2007 s. 1841 (SAS/Braathens-dommen).

I SAS/Braathens-dommen hadde flyselskapet som den gang het Braathens fått tilgang til persontrafikkdata fra flyselskapet Norwegian i forbindelse med samarbeid på en innenlandsrute. Dataene var delt gjennom et dataprogram (Amadeus) som er vanlig å benytte seg av i flybransjen. Da samarbeidet mellom partene var over, mistet ikke SAS/Braathens tilgangen til Norwegians data i dataprogrammet, og ansatte i SAS/Braathens fortsatte å benytte seg av tilgangen til sin fordel. Spørsmålet for retten var dermed, blant annet, om Norwegian hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak for å sikre hemmelighold, slik at opplysningene hadde vern som forretningshemmelighet, selv om tilgangen ikke var stengt hos SAS/Braathens.

«Det må stilles visse krav til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten uttrykkelig være markert at det gjelder et krav på hemmelighold, eller det må ligge i selve situasjonen at det gjelder et slikt krav»⁸⁷ uttaler dommeren vedrørende tiltakskravet, og henviser til nettopp forarbeidet til markedsføringsloven av 1972⁸⁸.

Selv om Norwegian ikke hadde markert dataene som hemmelige, og heller ikke sørget for å trekke tilbake tilgangen hos Braathens, så fant lagmannsretten likevel at «Norwegians krav på hemmelighold var tilstrekkelig markert»⁸⁹. Det lå i selve situasjonen med utveksling av dataene at informasjonen SAS/Braathens fikk tilgang til utgjorde forretningshemmeligheter. Høyesterett fant at dette var riktig rettsanvendelse av lagmannsretten⁹⁰.

Etter dommen er altså kravet til iverksettelse av beskyttelsestiltak svært lavt. Den veiledende normen SAS/Braathens-dommen gir uttrykk for er altså at dersom det er åpenbart ut fra omstendighetene (for den som benytter seg av kunnskap) at det er tale om en forretningshemmelighet, så er det tale om rettsstridig utnyttelse av forretningshemmeligheten.

⁸⁶ NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

⁸⁷ Rt. 2007 s. 1841 dommens avsnitt 22

⁸⁸ NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

⁸⁹ Ibid. avsnitt 26

⁹⁰ Ibid. avsnitt 27

Juridisk teori i lys av SAS/Braathens-dommen

Med bakgrunn i SAS/Braathens-dommen, og de øvrige i rettskildene redegjort for ovenfor, så konkluderte Harald Irgens-Jensen⁹¹, forut for implementeringen av forretningshemmelighetsdirektivet, med at kravet til beskyttelsestiltak dreier seg om at den som benytter seg av opplysninger må være brakt ut av *aktsom god tro* om at de ikke rettsstridig kunne utnytte informasjonen. Dersom utnyttaren beviselig ikke er i aktsom god tro om at informasjonen *ikke* er å anse som forretningshemmeligheter, så har innehaveren av forretningshemmeligheten iverksatt tilstrekkelige «tiltak», og har dermed vern etter reglene til vern av forretningshemmeligheter. Det er på det rene at dette står i et sterkt motsetningsforhold til det å kreve mer «aktive tiltak»⁹².

Lunde og Michaelsen har så sent som i 2019 gitt uttrykk for at SAS/Braathens-dommen viser at man «i en digital hverdag i stadig større grad blir avhengig av å vurdere «hva som ligger i selve situasjonen»⁹³. Videre uttaler forfatterne at «dersom dette er tilfellet, kan det være like naturlig å tone ned vurderingen av hvilke beskyttelsestiltak som faktisk er iverksatt, og heller fokusere på om informasjonen er hemmelig eller ikke»⁹⁴. Forfatterne synes å trekke i retning av at de mener at vurderingstemaet «hva som ligger i selve situasjonen» kanskje ikke er helt treffende.

Departementets svar i Prop. 5 LS (2019-2020)

I Prop. 5 LS (2019-2020), som kom i oktober 2019, holder departementet fast ved at legaldefinisjonen av begrepet «forretningshemmelighet» i forretningshemmelighetsloven § 2 «i all hovedsak [vil] gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett»⁹⁵. Dette trekker i retning av at gjeldende rett etter SAS/Braathens-dommen og påfølgende oppfatninger i juridisk teori fremdeles vil være gjeldende rett ved ikrafttreddelsen av forretningshemmelighetsloven. Departementet begrunner sitt ståsted med at «direktivets definisjon⁹⁶ samsvarer med TRIPS-avtalens artikkel 39» og «det ble lagt til grunn at det ikke var behov for lovendringer til gjennomføring av [TRIPS-avtalen]»⁹⁷. Synspunktet til

⁹¹ Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?* (2010) s 242.

⁹² Jf. Høringsnotatet, Snr. 18/6167 s. 21

⁹³ Lunde og Lundby Michaelsen (2019) s. 336

⁹⁴ Ibid. s. 336-337

⁹⁵ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 24

⁹⁶ Forutsatt da også forretningshemmelighetslovens definisjon, da denne er resultatet av implementeringen av forretningshemmelighetsdirektivet i norsk rett.

⁹⁷ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 24, jf. Ot.prp.nr.73 (1995-1996) s. 10, punkt 7.6

departementet synes dermed å være at i og med at innføringen av TRIPS-avtalen art. 39 ikke førte til større endringer i gjeldende rett, så vil heller ikke implementeringen av en legaldefinisjon i tråd med forretningshemmelighetsdirektivet føre til endringer i rettstilstanden.

Videre svarer departementet også direkte på Irgens-Jensens høringsinnspill. Departementet sier seg enig i at SAS/Braathens-dommen oppstiller «et lavt krav til beskyttelsestiltak»⁹⁸, og «departementet er videre enig i at [forretningshemmelighets]direktivet må forstås slik at det generelt vil kreve mer enn i [SAS/Braathens-dommen], og at direktivet på dette punkt kan sies å innebære en *forsiktig skjerping av kravene til innehavers aktivitet, sammenlignet med gjeldende rett*» (min kursivering)⁹⁹.

Uttalelsen om at lovens definisjon av «forretningshemmelighet» i «all hovedsak [vil] gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett»¹⁰⁰ gjelder legaldefinisjonen under ett. Departementets uttalelse om at direktivet, og dermed også forretningshemmelighetsloven, innebærer en «forsiktig skjerping av kravene til innehavers aktivitet»¹⁰¹ gjelder tiltakskravet i § 2 litra c) spesifikt. De to uttalelsene synes ikke å være motstridende, da formuleringen «i all hovedsak» ikke stenger for at deler av den nye legaldefinisjonen i § 2 kan avvike fra gjeldende rett. Innføringen av forretningshemmelighetsloven § 2 c) vil altså medføre at terskelen for kravet til iverksatte tiltak for beskyttelse av forretningshemmeligheter skjerpes forsiktig, ved at det stilles et krav til mer aktive tiltak for beskyttelse av sine opplysninger.

3.3.3 Ytterligere vurderingsmomenter fra Prop. 5 LS (2019-2020)

I tillegg til å slå fast at det nå foreligger et krav til å gjennomføre aktive tiltak for å oppfylle kravet til «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 c), så kom departementet også med noen kommentarer i tilknytning til anvendelsen av bestemmelsen.

Kravet til rimelige tiltak «fordrer en konkret vurdering av forholdene hos innehaveren»¹⁰². Dette tilføyer i utgangspunktet ikke særlig mer enn lovteksten i seg selv, utover at forarbeidet kanskje i større grad gjennom denne uttalelsen legger fokuset på *forholdene* hos innehaveren av forretningshemmeligheten. Videre bør «tiltakene vurderes (...) med utgangspunkt i hvordan

⁹⁸ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 26

⁹⁹ Loc. cit.

¹⁰⁰ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 24

¹⁰¹ Ibid. s. 26

¹⁰² Ibid. s. 119

driften er innrettet og hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot»¹⁰³. Her gir forarbeidet uttrykk for at det er adgang til å legge vekt på hvilken form for næringsdrift den enkelte innehaver driver med, og til å vurdere rimeligheten av iverksatte tiltak etter det.

«Innehaveren må etter de konkrete omstendighetene og de tiltakene som er foretatt, ha en berettiget forventning om at opplysningene forblir hemmelige»¹⁰⁴. De iverksatte tiltakene må altså være egnet til å oppnå en forventning hos innehaver om at de er beskyttet, for å komme over terskelen til rimelighetskravet. Dette gjelder både internt i virksomheten, og ovenfor forretningsforbindelser med tilgang til sensitive opplysninger¹⁰⁵, og det er ikke tilstrekkelig at «innehaveren selv ikke har spred[t] informasjonen»¹⁰⁶.

Vurderingen skal altså bero «på en konkret vurdering av den aktuelle virksomheten»¹⁰⁷ hvor «både arten og omfanget av tiltakene må vurderes konkret»¹⁰⁸, og det skal «ses hen til om mottakeren [av opplysningene] alt er underlagt lovpålagt taushetsplikt»¹⁰⁹.

Til sist fremgår det av høringsnotatet at det vil «være relevant å se hen til både kost/nytte-betraktninger og bransjepraksis»¹¹⁰.

Det fremstår nokså klart at direktivets uttalelser her er med på å gi rettsanvender veiledning i rettsanvendelsesprosessen ved vurderingen av om et tiltak oppfyller rimelighetskravet i forretningshemmelighetsloven § 2 c).

3.3.4 Delkonklusjon

Rettsanvender står altså ovenfor to rettskilder i direkte tilknytning til forretningshemmelighetsloven; lovteksten og lovforarbeidet. De to rettskildene har jeg forsøkt å se i sammenheng med gjeldende rett før ikrafttreddelsen av forretningshemmelighetsloven, og forsøkt å se om det kan trekkes ut noen retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for vurderingen av hvilke tiltak som vil oppfylle rimelighetskravet i § 2 c).

¹⁰³ Loc. cit.

¹⁰⁴ Loc. cit.

¹⁰⁵ Ibid s. 26

¹⁰⁶ Ibid. s. 119

¹⁰⁷ Ibid. s. 25

¹⁰⁸ Ibid. s. 26

¹⁰⁹ Loc. cit.

¹¹⁰ Snr. 18/6167 s. 21

Lovens ordlyd gir, som nevnt, ikke noe særlig bidrag, utover at det skal iverksettes tiltak, og at det skal foretas en *konkret helhetsvurdering* av hvorvidt de iverksatte tiltakene er «rimelige», noe som er et kjennetegn med rettslige standarder¹¹¹.

Rettstilstanden forut for forretningshemmelighetsloven kan oppsummeres slik: Allerede før forretningshemmelighetsdirektivet var det generelt antatt i juridisk teori at det var tre kriterier for å anse informasjon som en forretningshemmelighet; Informasjonen må ikke være allment kjent, informasjonen må være betydningsfull for firmaet, og det må være gjort tiltak for å holde informasjonen hemmelig. Kriteriene har sin bakgrunn i forarbeider¹¹², rettspraksis¹¹³ og delvis også legaldefinisjonen i TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2 c).

Gjennom ordlyden «visse krav til bedriftens forhold» gav forarbeidene¹¹⁴ anvisning på en nokså bred vurdering av hvilke og i hvilken grad bedriften må iverksette tiltak for å få vern for sine hemmeligheter. Vurderingsgrunnlaget var altså helt uten konkrete holdepunkter.

I SAS/Braathens-dommen satte Høyesterett terskelen for hva som var tilstrekkelig for å oppfylle rimelighetskravet svært lavt. Etter dommen ville det være tilstrekkelig at den som utnytter informasjonen burde ha forstått at det var tale om rettsstridig utnyttelse av en forretningshemmelighet.

Forarbeidene til den nye forretningshemmelighetsloven¹¹⁵ gir imidlertid anvisning på at rettstilstanden nå er endret i tilknytning til tiltakskravet. Den lave terskelen etablert i SAS/Braathens-dommen kan ikke lenger sies å være like lav, da proposisjonen slår fast at det kreves *aktive* tiltak. Det er imidlertid usikkert hvor mye høyere terskelen er, men at det skal noe mer til enn før, er klart.

Videre etablerer også forarbeidene til forretningshemmelighetsloven noen retningslinjer som kan være til hjelp for rettsanvenderen når han skal foreta den konkrete vurderingen av hvorvidt tiltakene som er iverksatt kommer over terskelen for hvilket nivå som er «rimelig», jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c);

- Det er forhold hos innehaveren som er gjenstand for den konkrete vurderingen, og tiltakene skal vurderes med utgangspunkt i hvordan driften er innrettet, og

¹¹¹ jf. punkt 2.2 ovenfor

¹¹² NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

¹¹³ Særlig SAS/Braathens-dommen

¹¹⁴ NUT 1966:2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966) s. 48

¹¹⁵ Prop. 5 LS (2019-2020) og Snr. 18/6167

hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot. Både art og omfang av tiltak må vurderes konkret.

- Innehaver må etter omstendighetene ha en berettiget forventning om at opplysningene forblir hemmelige, både ovenfor forretningsforbindelser og internt i virksomheten. Det er ikke tilstrekkelig at innehaveren selv har latt være å spre informasjon.
- Det skal ses hen til om mottaker av opplysninger er underlagt lovpålagt taushetsplikt.
- Det kan være relevant å se hen til kost/nytte-verdi og bransjepraksis.

Det kan altså oppstilles noen veiledende retningslinjer for vurderingen av hvilke tiltak som vil oppfylle kravet til «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 c) på bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeid, sett i sammenheng. Spørsmålet i det videre er om det finnes rettskilder som ikke står i direkte tilknytning til forretningshemmelighetsloven § 2 c) som kan gi noen ytterligere bidrag til rasjonaliseringen av rimelighetskravet.

3.4 Mulig inspirasjon fra våre skandinaviske naboland

Som nevnt punkt 2.3.2, så har våre skandinaviske naboland også fått nye lover til beskyttelse av forretningshemmeligheter som konsekvens av implementeringen av EUs forretningshemmelighetsdirektiv. På bakgrunn av dette, er et naturlig første sted å lete etter ytterligere inspirasjon til rasjonalisering av rimelighetskravet nettopp i våre skandinaviske nabolands implementering av forretningshemmelighetsdirektivet.

Kravet til iverksettelse av rimelige tiltak for oppnåelse av vern som forretningshemmelighet er formulert svært likt som i vår forretningshemmelighetslov i både den danske, svenske og finske forretningshemmelighetsloven; den danske forretningshemmelighedsloven § 2 c) krever «rimelige foranstaltninger», den svenska lagen om företagshemligheter § 2 c) krever «rimliga åtgärder», og det samme gjør den finska lagen om företagshemligheter § 2 c).

«Åtgärder» og «foranstaltninger» oversatt til norsk betyr tiltak. Ordlyden i de tre lovene er dermed tilsvarende vår, bare på sine språk, og det er derfor ingen ytterligere inspirasjon å hente i denne.

I dansk lovgivningsprosess er det ikke tradisjon for å utarbeide omfattende forarbeider. Forarbeidet til den danske lov om forretningshemmeligheder¹¹⁶ er dermed ordknapt, og gir lite veiledning til rasjonaliseringen av vilkåret «rimelige foranstaltninger». Forarbeidet påpeker kun at «direktivet inneholder ikke konkrete fortolkningsbidrag til kravet i litra c»¹¹⁷.

Forarbeidet til den svenska lagen om företagshemligheter gir på samme måte som i det norske forarbeidet¹¹⁸ anvisning på et skjerpet krav til aktivitet sammenlignet med tidligere rettstilstand; «Den nya lagen innebär att det införs ett krav på att en innehavare av en företagshemlighet ska vidta rimliga åtgärder för att hålla informationen hemlig. Detta innefattar ett krav på aktivitet som saknar tydlig motsvarighet i den hittillsvarande lagen»¹¹⁹.

Videre gir det svenske forarbeidet anvisning på en konkret vurdering som skal foretas fra tilfelle til tilfelle, og at det ikke kreves at «varje anställd som kommit i kontakt med informationen har undertecknat ett avtal om sekretess»¹²⁰. Vurderingen av hva som er en «rimlig åtgärd for hemlighållande» etter svensk rett skal gjøres med hensyn til «omständigheterna i det enskilda fallet och utifrån vad för slags information det rör sig om»¹²¹.

Også det finske forarbeidet til deres lag om företagshemligheter påpeker at «vad som är tillräckliga åtgärder från innehavarens sida måste granskas från fall till fall»¹²².

Uttalelsene ovenfor er i tråd med det som kan trekkes ut fra forarbeidet¹²³ til vår egen lov om vern av forretningshemmeligheter. De skandinaviske forarbeidene gir altså ingen ytterligere inspirasjon til rasjonalisering av vilkåret «rimelige tiltak»¹²⁴.

¹¹⁶ Lovforslag nr. L 125, Folketinget 2017-18

¹¹⁷ Ibid. s. 52

¹¹⁸ Prop. 5 LS (2019-2020)

¹¹⁹ Prop. 2017/18:200 s. 131

¹²⁰ Ibid. s. 31

¹²¹ Ibid. s. 64

¹²² HE 49/2018 s. 57

¹²³ Prop. 5 LS (2019-2020)

¹²⁴ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

3.5 *Mulig inspirasjon fra beslektede rettsområder*

3.5.1 Innledning og underproblemstillinger

Til nå har avhandlingen omhandlet rettskilder i direkte tilknytning til forretningshemmelighetsloven og forretningshemmelighetsdirektivet. Spørsmålet i det videre er imidlertid om det kan hentes noe inspirasjon til rasjonaliseringen av kravet til «rimelige tiltak»¹²⁵ i noen tilgrensende rettsområder.

Som jeg skal komme tilbake til, så er forretningshemmeligheten nært beslektet med immaterialretten, og patentretten. På bakgrunn av dette så kan patentretten være et mulig sted å lete etter ytterligere rasjonalisering, i tillegg til betraktninger og sammenhenger fra andre tilgrensende rettsområder.

Først vil jeg undersøke om kravet til strengt hemmelighold for oppnåelse av patent har noen overføringsflater til beskyttelse av forretningshemmeligheter. Deretter vil jeg se om det kan være adgang til å ta hensyn til subjektive forhold ved den næringsdrivende, eksempelvis bedriftens størrelse, med hensyn til hva som tilfredsstiller tiltakskravet i forretningshemmelighetsloven § 2 c). Kan dette gi noen veiledning til plassering av terskelen for hva som oppfyller kravet til «rimelige tiltak»?

3.5.2 Kan det strenge kravet til hemmelighold i patentretten gi noen veiledning til rasjonaliseringen?

Nyhetskravet i patentretten

Et vilkår for oppnåelse av patentbeskyttelse er at den omsøkte tekniske løsningen må oppfylle det såkalte *nyhetskravet*. Det vil si at oppfinnelsen må være ny i forhold til tidligere kjent teknikk, altså det som i patentretten kalles teknikkens stand¹²⁶. Målestokken for vurderingen er en tenkt, gjennomsnittlig fagperson på gjeldende fagområde¹²⁷. Patent meddeles bare på oppfinnelser «som er nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag», jf. patentloven § 2 første ledd. Videre gir patentloven § 2 andre ledd anvisning på at «som

¹²⁵ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

¹²⁶ Stenvik, *Patentrett* (2020) s. 171

¹²⁷ Ibid. s. 198-199

kjent anses alt som er blitt allment tilgjengelig, enten dette er skjedd ved skrift, foredrag, utnyttelse eller på annen måte»¹²⁸.

Nyhetskravet tilsier altså at dersom en teknisk løsning blir tilgjengeliggjort før patentet er meddelt, så vil dette stenge for at den tekniske løsningen kan oppnå patentbeskyttelse. En oppfinnelse vil altså kunne utgjøre et mothold mot seg selv, dersom oppfinnelsen er blitt tilgjengeliggjort forut for prioritetsdagen¹²⁹. På bakgrunn av dette så vil det være helt essensielt for innehaveren av en oppfinnelse at denne forblir hemmelig frem til prioritetsdagen. Dette gjør at *alle* patenter og patentsøknader på et tidspunkt vil ha utgjort en forretningshemmelighet for innehaveren. Patentet er på bakgrunn av dette nært beslektet med forretningshemmeligheten.

Immaterialrett, patentretten og forretningshemmeligheter

Forretningshemmeligheten har ikke bare slektskap til patentretten via nyhetskravet, men er også på generell basis nært beslektet med hele immaterialretten, i form av at forretningshemmeligheter ikke nødvendigvis er fysiske ting. Forretningshemmeligheten er altså også på mange måter også *immateriell*, da det ofte er tale om ulike former for opplysninger og kunnskap som utgjør en forretningshemmelighet.

De såkalte «ekte» immaterialrettene, som Ragnar Knoph kalte «åndsretter»¹³⁰, er imidlertid allment ansett for å bestå av rettsområdene patentrett, designrett¹³¹, opphavsrett¹³² og kjennetegnsrett (varemerkerett¹³³ og foretaksnavnerett¹³⁴). I tillegg til disse rettsområdene inkluderer Harald Irgens-Jensen¹³⁵ også databaserett etter åndsverkloven § 24, kretsmønsterrett¹³⁶ og planteforedlerrett¹³⁷ i sin definisjon av de «ekte» immaterialrettene.

¹²⁸ I den samme bestemmelsen ligger også kravet til oppfinnelseshøyde, men det er ikke av relevans for denne avhandlingen.

¹²⁹ Prioritetsdagen er den dagen søknaden gis prioritet ovenfor andre søknader/mothold. Som oftest er dette inngivelsesdagen, men det kan også være at søker krever prioritet fra en tidligere søknad, jf. patl. § 6.

¹³⁰ Knoph, «Knophs oversikt over Norges rett» (2019) s. 396

¹³¹ Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design (designloven – dsl.)

¹³² Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven)

¹³³ Lov 3. mars 1962 nr. 4 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven – vml.)

¹³⁴ Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv. (foretaksnavneloven – ftnavnl.)

¹³⁵ Irgens-Jensen (2010) s. 24

¹³⁶ Lov 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser (kretsmønsterloven – kretsmvl.)

¹³⁷ Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerloven – plfl.)

Immaterialrettene gir altså grunnlag for å oppstille *enerett* til utnyttelse for innehaver. Eksempler på slik enerett er åndsverk som oppfyller verkshøydekravet i åndsverksloven § 2 2. ledd jf. åndsverkloven § 3 1. ledd, og tekniske løsninger som oppfyller de formelle og materielle vilkår i patentloven, jf. patentloven § 1 1. ledd.

Proessen for å oppnå slik enerettsbeskyttelse kan imidlertid være kostbar, og da særlig patenteringsprosessen. Det er dyre innleveringskostnader, og det er sterkt anbefalt å benytte seg av en patentfullmektig¹³⁸, som medfører en god del kostnader. En patentfullmektig er en fagperson som er spesielt kyndig innen patentrett, og jobber ofte i egne patentbyrå som spesialiserer seg på å hjelpe klienter med patentsøknader, og representere dem ovenfor patentmyndighetene¹³⁹. Dersom man faktisk oppnår patent for oppfinnelsen sin, så følger det årsavgifter i hvert enkelt land hvor man har oppnådd beskyttelse¹⁴⁰. For enkelte bedrifter kan disse kostnadene bli så store at det er mer hensiktsmessig å søke oppfinnelsene sine beskyttet gjennom hemmelighold.

Utover det økonomiske aspektet er det også flere grunner til å benytte seg av hemmelighold heller enn enerettsbeskyttelse. Et aspekt er at enerett ofte innebærer offentliggjøring som en del av prosessen. Det kan være ønskelig fra bedriftens side å unngå offentliggjøring av for eksempel konkurransehensyn, og dermed også la være å søke patentbeskyttelse.

I tillegg finnes det også mange typer av informasjon og opplysninger som ikke faller inn under kategoriene som kan få beskyttelse som immateriell rettighet i det hele tatt. Dette kan være firmaets kostnadskalkyler, kundegrupper, strategier, knowhow og så videre, som ikke oppfyller vilkårene for å oppnå beskyttelse etter f.eks. patentsystemet, som kjennetegn eller som heller ikke vil oppfylle verkshøydekravet i opphavsretten¹⁴¹. Denne typen informasjon blir dermed vanligvis søkt beskyttet gjennom hemmelighold.

En viktig forskjell mellom patentretten og vern for forretningshemmeligheter er at det ligger en belønningstankegang bak patentretten. Det er svært gunstig for samfunnet at teknologien drives fremover, og dermed er også det fundamentale formålet med patentinstituttet å «stimulere den tekniske utviklingen gjennom belønninger til oppfinnere i form av eneretter»¹⁴². Patentretten er altså først og fremst et samfunnsøkonomisk virkemiddel, som

¹³⁸ Jf. patl. § 67 4. ledd.

¹³⁹ I Norge er dette Patentstyret (styret for det industrielle rettsvern) (se link i litteraturlisten).

¹⁴⁰ Stenvik (2020) s. 50, og informasjon på Patentstyrets nettsider (se link i litteraturlisten).

¹⁴¹ Jf. Åndsverkloven § 2 2. ledd

¹⁴² Stenvik (2020) s. 16

skal stimulere til forskning og utvikling, som igjen vil føre til økonomisk vekst¹⁴³. Dette belønningsaspektet er ikke tilstede ved beskyttelse av forretningshemmeligheter. For forretningshemmelighetene er det tale om å gi vern mot rettstridig tilegnelse av informasjon, men reglene gir ingen beskyttelse mot at andre kan få tilgang til den samme informasjonen på selvstendig grunnlag, til forskjell fra enerettsbeskyttelsen.

Et annet viktig prinsipp i patentretten er *offentliggjøringsprinsippet*. Som betingelse for at man oppnår patent, og dermed enerett til utnyttelse av denne, må innehaveren av patentet offentliggjøre sin oppfinnelse for allmennheten. På bakgrunn av dette må patentsøknaden inneholde en beskrivelse av oppfinnelsen som skal være så «tydelig at en fagperson på grunnlag av denne skal kunne utøve oppfinnelsen»¹⁴⁴. Videre blir alle patentsøknader offentliggjort senest 18 måneder etter innleveringen^{145,146}. At patenter blir offentliggjort henger sammen med tankegangen om å stimulere til forskning og utvikling. Gjennom tilgjengeliggjøring av patent får ikke bare patenthaveren nytte godt av oppfinnelsen, men også resten av samfunnet, som da får tilgang til viktig informasjon som igjen danner grunnlag for ytterligere teknisk utvikling¹⁴⁷.

Offentlighetsprinsippet i patentretten står i sterk kontrast til beskyttelse av forretningshemmeligheter. En forutsetning for å få vern som forretningshemmelighet, er jo nettopp at det er tale om en hemmelighet.

Videre er patentbeskyttelse tidsbegrenset. Det oppnås kun vern i 20 år¹⁴⁸ fra den dagen patentsøknaden ble inngitt¹⁴⁹. Slik tidsbegrensning forekommer ikke hva gjelder forretningshemmeligheter, da innehaver av en hemmelighet potensielt kan oppnå evigvarende vern ved hemmelighold.

Forretningshemmeligheten har altså relativt nært slektskap til de immaterielle rettighetene, og da særlig patentretten. Det er imidlertid også store forskjeller, noe som tilsier at rettsanvender bør utvise forsiktighet med å dra veldig sterke paralleller mellom de to rettsområdene.

¹⁴³ Stenvik (2020) s. 23

¹⁴⁴ Jf. patl. § 8 2. ledd

¹⁴⁵ Jf. patl. § 22 2. ledd

¹⁴⁶ Dette gjelder imidlertid ikke dersom patentsøknaden henlegges eller blir avslått forut for de 18 mnd, jf. patl. § 22 2. ledd.

¹⁴⁷ Stenvik (2020) s. 27

¹⁴⁸ Jf. patl. § 40

¹⁴⁹ Forutsatt at årlige avgifter betales, jf. patl. § 40 2. ledd.

Nyhetskravet, og dets krav til hemmelighold

Nyhetskravet i patentretten praktiseres svært strengt. Det avgjørende etter ordlyden er hvorvidt opplysningene om den tekniske løsningen var «alment tilgjengelig» jf. patl. § 2 andre ledd. Forarbeidene til patentloven sier at «alment tilgjengelig» skal forstås som «tilgjengelig for en større eller ubestemt krets av personer»¹⁵⁰. Dersom kretsen er ubestemt, har det ingenting å si om den er liten eller stor, da man ikke lenger har oversikt over hvem informasjonen er kjent for¹⁵¹. Videre så kreves det ikke at noen faktisk har fått tilgang. Dersom muligheten er tilstede for at en ubestemt krets av personer kan få tilgang til opplysningene, så er nyheten tapt¹⁵².

Muligheten for å oppnå patent er tapt idet opplysningene om oppfinnelsen er tilgjengelige for allmennheten. En overføring av dette strenge hemmeligholdskravet til forretningshemmelighetens område vil tilsi et svært strengt rimelighetskrav.

Ved vurderingen av hvorvidt en teknisk løsning er ny i forbindelse med en patenteringsprosess, så er det av relevans hvorvidt den omsøkte patenten har vært omtalt i blant annet media eller blant fag- og bransjefeller. Absolutt all omtale av den tekniske løsningen kan utgjøre et mothold, og hvem som helst kan komme med innsigelser mot gyldigheten av et patent innenfor et vindu på hele tre år etter meddelelsen¹⁵³.

Det vil si at dersom Patentstyret¹⁵⁴ får treff eller blir tipset om et oppslag i en avis om den tekniske løsningen, som kanskje oppfinneren selv deltar i, så vil dette kunne stenge for muligheten til å oppnå patent. Den tekniske løsningen er allerede offentliggjort, og blitt en del av teknikkens stand, og er dermed ikke lenger å anse som en nyhet. Å få presseomtale og oppmerksomhet rundt sine oppfinnelser kan fremstå som utelukkende positivt, men i tilfeller hvor det er tale om en oppfinnelse vil dette altså stenge for mulighet til å oppnå patent. Overført til en forretningshemmelighet så kan dette trekke i retning av et skjerpet krav til informasjon til ansatte om viktigheten av hemmelighold.

¹⁵⁰ NU 1963: 6 s. 123 og Ot.prp nr. 36 (1965-66) s. 21

¹⁵¹ Stenvik (2020) s. 176

¹⁵² Ibid. s. 172

¹⁵³ Jf. patentloven § 24 2. ledd

¹⁵⁴ Patentstyret behandler søknader om patenter, varemerkeregistrering og designbeskyttelse i Norge (se link i litteraturlisten).

Adgang til utprøving; Rituximab- og Luseskjørt-saken

Ofte er det behov for å teste ut oppfinnelser før man søker om patentbeskyttelse. I noen tilfeller er det ikke mulig å foreta slik testing uten å komme på kant med nyhetskravet, for eksempel ved at oppfinnelsen er av en så stor fysisk størrelse at andre kan se den ved testing, eller at oppfinnelsen må testes på mennesker. Som hovedregel vil slik utprøving være å anse som nyhetsskadelig, da det faktisk innebærer at oppfinnelsen blir «alment tilgjengelig»¹⁵⁵.

Tidligere fantes det et særnordisk unntak fra hovedregelen som gav en viss adgang til utprøving av oppfinnelser hvor oppfinner hadde et legitimt behov for slik utprøving. Dette unntaket hadde blant annet sitt opphav i de fellesnordiske forarbeidene til patentloven¹⁵⁶, som gav anvisning på en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt utprøving av en oppfinnelse var nyhetsskadelig eller ikke¹⁵⁷.

EPC¹⁵⁸ inneholder ikke noe tilsvarende unntak, og det samme gjelder et stort antall nasjonale patentlover¹⁵⁹. Eksempelvis ble det i sak T 0158/96 Obsessive-compulsive-disorder/PFIZER fra EPO¹⁶⁰ lagt til grunn at informasjon om at det foregikk utprøving av medisin mot en spesifikk lidelse på et sykehus, var nyhetshindrende.

Det er imidlertid bred enighet om at dette særnordiske unntaket ikke lenger er gjeldende rett. Særlig etter Rituximab-avgjørelsen¹⁶¹ fra 2018 er det ikke lenger forsvarlig å opprettholde unntaket. Avgjørelsen gjaldt utprøving av antistoffet rituximab gjennom behandling av pasienter. Tingretten slo fast at slike kliniske studier er å anse som nyhetsskadelig virksomhet.

Tingretten uttaler i forbindelse med nyhetskravet at «all kunnskap som er tilgjengelig for noen – hvem som helst og hvor som helst i verden – anses i utgangspunktet som kjent»¹⁶². Videre kommenterer tingretten at Are Stenvik i sin bok fra 2013 har gitt uttrykk for at dersom «en oppfinner er interessert i å oppnå patentvern utenfor Norden, kan han (...) ikke basere seg på utprøvingsunntaket»¹⁶³. Denne påstanden sier tingretten seg uenig i, da utsagnet forutsetter at vilkårene for å få patent i Norge kan være annerledes enn etter EPC, og «dette er etter rettens

¹⁵⁵ jf. patl. § 2

¹⁵⁶ NU 1963: 6 s. 125

¹⁵⁷ Stenvik (2013) s. 186

¹⁵⁸ Convention on the Grant of European Patents

¹⁵⁹ Stenvik (2013) s. 188

¹⁶⁰ European Patent Office, den europeiske patentmyndigheten (se link i litteraturlisten)

¹⁶¹ TOSLO-2016-206868-2

¹⁶² Jf. TOSLO-2016-206868-2 punkt 4.4.1 første avsnitt

¹⁶³ Stenvik (2013) s. 188

syn vanskelig å forlike med Norges forpliktelse etter EØS-avtalen (protokoll 28, artikkel 3 nr 4) til å følge de materielle bestemmelser i EPC i vår nasjonale patentrett»¹⁶⁴. I sin nyeste utgave av «*Patentrett*» gir imidlertid Stenvik uttrykk for at «det er (...) vanskelig å operere med et særskilt utprøvningsunntak, ettersom en slik unntaksregel savner forankring i EPC»¹⁶⁵.

Etter disse uttalelsene synes det å være bred enighet i norsk rett om at patentlovens nyhetskrav er fullharmonisert med EPC, hvor det ikke finnes noe utprøvningsunntak. Dette tilsier at nyhetskravet i patentretten skal praktiseres strengt.

I den såkalte Luseskjørt-saken kom også spørsmålet om utprøving på spissen. Saken var først oppe i Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR)¹⁶⁶, og ble deretter anket til tingretten¹⁶⁷. Dommen fra tingretten er også påanket, og avgjørelsen er dermed ikke rettskraftig. Saken gjaldt «en anordning for å isolere oppdrettsmerd for fisk mot uønskede organismer»¹⁶⁸. Dette var gjennomført med et «finmasket, fluidpermabelt nett»¹⁶⁹ som dannet et skjørt rundt oppdrettsmerden. Det springende punkt var om utprøvingen av det såkalte «luseskjørtet» i en avsidesliggende fjord, hvor anordningen ved noen anledninger hadde vært heist opp og spylt, var nyhetshindrende.

KFIR anså i sin avgjørelse utprøvingen som nyhetshindrende. Nemnda la til grunn et strengt nyhetskrav mht. utprøving, og uttalte at en «fagkyndig tilskuer, ved hjelp av for eksempel kikkert eller kamera, ville være i stand til å utlede at duken montert rundt oppdrettsmerden faktisk er et nett og ikke en tett presenning»¹⁷⁰, og dette var på tross av at det i forbindelse med at allmennheten er pålagt ferdselsforbud innenfor 20 meters avstand fra oppdrettsanlegg, jf. akvakulturdriftsforskriften¹⁷¹ § 18. KFIR synes altså her å legge til grunn det strenge nyhetskravet, i tråd med EPC-praksis og Rituximab-avgjørelsen.

Tingretten kom imidlertid til en annen konklusjon. På tross av det strenge nyhetskravet, så var ikke nyheten tapt, selv om oppfinnelsen hadde vært synlig for allmennheten. Begrunnelsen for dette var at selv om det var mulig å se den tekniske innretningen, så ville det ikke være innlysende for en fagperson at det var luseskjørtet, eller det faktum at det var fluidpermabelt,

¹⁶⁴ TOSLO-2016-206868-2 punkt 4.5.3 fjerde avsnitt

¹⁶⁵ Stenvik (2020) s. 186

¹⁶⁶ Sak 17/00023 25. januar 2018

¹⁶⁷ TOSLO-2018-39917

¹⁶⁸ Ibid. dommens avsnitt 3

¹⁶⁹ Loc. cit.

¹⁷⁰ Sak 17/00023 25. januar 2018, avgjørelsens avsnitt 47.

¹⁷¹ Forskrift av 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg (akvakulturdriftsforskriften).

som var den tekniske nyvinningen. Dette har sammenheng med kravet til «enabling disclosure»¹⁷²; For at en oppfinnelse skal anses som å tilhøre teknikkens stand, «er det ikke nok at den har vært beskrevet, at et eksemplar har vært utstilt osv. Det kreves at den har vært beskrevet, utstilt osv. *på en slik måte at en fagmann ble i stand til å utøve den*»¹⁷³. Om kravet til å «enable disclosure» uttaler tingretten at «det avgjørende for nyhetsvurderingen er om noen har hatt mulighet til å tilegne seg informasjonen. For at en tilgjengeliggjøring skal kunne anses nyhetshindrende er det i tillegg et krav om at tilgjengeliggjøringen har gjort fagpersonen i stand til å utøve oppfinnelsen – på engelsk omtalt som kravet til «enabling disclosure»»¹⁷⁴.

Selv om luseskjørtet ved flere anledninger hadde vært synlig for allmennheten, så mente tingretten at dette likevel ikke var egnet til å «enable disclosure», da utprøvingen hadde skjedd på en måte som gjorde at fagpersonen ikke ville forstå at det var akkurat luseskjørtet som innebar den tekniske nyvinningen. Tingretten uttalte at det var grunn til å tro at fagpersonen «ville kunne klart å resonnerer seg fram til mange av trekkene i patentet (...) dersom han/hun først hadde innsett at det er mulig å bruke et skjørt rundt merdene som både holder lakselus ute samtidig som det sikrer en viss horisontal vanngjennomstrømning»¹⁷⁵. Dette mente imidlertid retten at fagpersonen nettopp *ikke* ville innse, da det etter rettens syn ikke ville være mulig å se at luseskjørtet var fluidpermabelt fra den posisjonen hvor «allmennheten kunne forventes å oppholde seg»¹⁷⁶.

Hvordan kan dette anvendes på forretningshemmelighetenes område?

Selv om en del av forretningshemmelighetene er informasjon som kan ende opp med enerettsbeskyttelse etter patentsystemet, så er det også svært mange forretningshemmeligheter som er av en helt annen art. I tillegg er det nokså ulike begrunnelser bak vern for forretningshemmeligheter og bak patentretten. Dette tilsier nokså klart at det svært strenge kravet til hemmelighold som må til for å oppfylle nyhetskravet, ikke kan overføres til forretningshemmelighetens rettsområde på generelt grunnlag.

¹⁷² Uttrykket mangler motpart i det norske språket, og dermed blir det engelske uttrykket brukt også i norsk rett.

¹⁷³ Stenvik (2020) s. 189

¹⁷⁴ TOSLO-2018-39917 under overskriften «Generelt om kravet til nyhet»

¹⁷⁵ Ibid. under overskriften «Forsøket på Fornes»

¹⁷⁶ Loc. cit.

Hensynet bak kravene til både nyhet og oppfinnelseshøyde er å fremme teknisk utvikling. På bakgrunn av dette praktiseres nyhetskravet svært strengt. Det ville ikke være å fremme teknisk utvikling dersom man stadig vekk innvilget patentbeskyttelse på tekniske løsninger som ikke tilførte bransjen noe nytt. Det ville innebære risiko for å gi enerett til en løsning som strengt tatt er en del av «teknikkens stand», og ville ved det begrenset bransjens mulighet til å benytte seg av denne kunnskapen.

De overnevnte hensynene gjør seg ikke gjeldende ved beskyttelse av forretningshemmeligheter. I og med at innehaveren av forretningshemmeligheten uansett ikke oppnår enerett til informasjonen, er det heller ikke like bekymringsverdig å gi hemmeligheten vern. Dette trekker også sterkt i retning av at det strenge kravet til hemmelighold for å oppfylle nyhetskravet i patentretten, ikke kan overføres til forretningshemmeligheter.

Det springende punkt er imidlertid om det kan finnes noen deler av det strenge kravet eller hensyn bak reglene som kan være med å gi veiledning til rettsanvenderen i tilknytning til kravet til «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 c).

Luseskjørt-saken, og kravet til «enabling disclosure», kan kanskje gi noe veiledning. Dommen og kravet gir antydning i retning av at det er viktig hvordan tilgjengeliggjøring oppfattes *utenfra*. Dersom fagmannen ikke ville forstå hva det var han observerte, vil han heller ikke være i stand til å gjenskape oppfinnelsen. Dette kan kanskje overføres til forretningshemmelighetens område ved å si at *dersom forretningshemmeligheten er beskyttet på en måte som gjør at en fagperson ikke vil forstå innholdet i hemmeligheten, selv om han fysisk kan observere hemmeligheten, så vil kravet til rimelige tiltak mest sannsynlig være innfridd*.

3.5.3 Kan rettsanvender ta hensyn til individuelle forhold hos innehaveren ved vurderingen av om det er iverksatt «rimelige tiltak»?

Det er klart at det er stor forskjell på den store multinasjonale bedriften, og på den lille oppfinneren som pusler på i boden sin. I hvilken grad kan rettsanvenderen ta hensyn til slike individuelle forhold hos innehaveren av en forretningshemmelighet? Kan, og bør, loven tolkes slik at det er mer lempelige krav for en liten aktør enn for en stor? I et forsøk på å besvare disse spørsmålene vil jeg se hen til lignende problematikk i noen tilgrensende rettsområder.

Behandling av eventuelle fristoversittelser i patentretten

Proessen med å søke patentbeskyttelse består av mange ulike frister og vilkår å holde kontroll på. Innbetalingsfrister, frister for innsendelser av dokumenter, prioritetsdager og generelt sett mye å følge med på. På bakgrunn av dette så velger mange innehavere å benytte seg av patentfullmektig i patentsøknadsproessen. Med så mange ulike frister å holde kontroll på, så hender det at en frist går patentsøkeren hus forbi. På bakgrunn av dette finnes det i patentloven § 72 en unntaksbestemmelse som sier at «dersom en patentsøker eller patenthaver har oversittet en frist fastsatt i eller i medhold av denne lov, og som følge av dette har lidt rettstap, skal saken likevel tas under behandling såfremt han godtgjør at fristoversittelsen var utilsiktet».

KFIR har i sin praksis i tilknytning til patentloven § 72 lagt vekt på at det ikke kan stilles samme krav «til en innehaver uten fullmektig, som til en innehaver som er representert med fullmektig/patentavdeling i et stort firma»¹⁷⁷. Dette fremgår også av praksis fra EPO, eksempelvis avgjørelsen i sak J 0005/94 (Wiedereinsetzung/JÜRGENS).

I overnevnte sak uttalte KFIR at «patentloven § 72 må vurderes i lys av om det er en profesjonell patentfullmektig, eller et stort selskap med egen patentavdeling som har gjort feilen, eller om det er et mindre foretak uten profesjonell bistand»¹⁷⁸.

Dette tilsier altså at det i patentretten, i visse situasjoner, er adgang til å legge vekt på at man står ovenfor en mindre ressurssterk part.

Næringsdrivendes profesjonalitet i kontraktsretten

I kontraktsretten er det som hovedregel lite rom for å legge vekt på subjektive forutsetninger hos næringsdrivende, da det forventes at en profesjonell part i stor grad har evner og ressurser til å ivareta sine interesser.

I kommersielle avtaler er det i stor grad avtalefrihet. De næringsdrivende partene står fritt til å inngå både gunstige og ugunstige avtaler. Behovet for å innskrenke avtalefriheten er ikke tilstede i samme grad som ved forbrukeravtaler, da profesjonelle parter som hovedregel vil ha

¹⁷⁷ KFIR Sak 16/00067 23. januar 2017 avsnitt 17

¹⁷⁸ Loc. cit.

har en del bransjeerfaring som gjør at de i større grad kan forutberegne sin rettsstilling og dermed også ivareta sine interesser¹⁷⁹.

Profesjonelles ansvar for ansattes handlinger i erstatningsretten

Et eksempel på det høye kravet til profesjonelle parter finner vi også på erstatningsrettens område i den såkalte læreguttdommen, Rt. 1959 s. 849. En mekanikerlærling hadde tjuvlånt en bil som var innlevert på verkstedet, og hadde kollidert. Selv om innehaveren av bilverkstedet ikke hadde noe med hendelsen å gjøre, så oppstilte Høyesterett et svært strengt ansvar for verkstedet. «Verkstedet skal være ansvarlig for skader som, slik tilfelle er her, påføres bilen ved uaktsomt forhold fra verkstedets egne folk i arbeidstiden»¹⁸⁰. I dommen ble det altså oppstilt et omtrent objektivt ansvar for den profesjonelle parten for ansattes handlinger.

Oppsummering

I privatrettslig sammenheng er altså partenenes styrke et moment som ofte blir vektlagt. Dersom man står ovenfor et partsforhold med profesjonelle parter, så forventes det i stor grad at partene selv evner å ivareta sine interesser. Videre er det i patentretten adgang til å legge vekt på partenenes styrke, i form av anledning til å benytte seg av f.eks. patentfullmektig.

Overført til forretningshemmelighetenes område trekker dette i retning av at det i noen grad kan være forsvarlig å vektlegge hvorvidt det er tale om en profesjonell part eller ikke i vurderingen av hvorvidt en innehaver har foretatt «rimelige tiltak»¹⁸¹.

En høy terskel for hva som anses for «rimelige tiltak»¹⁸² vil kunne gjøre situasjonen vanskelig for mindre ressurssterke forretningshemmelighetsinnehavere, og vil kunne føre til at slike vil tape vernet for sine forretningshemmeligheter før de har fått kommersialisert virksomheten sin. Høy terskel for rimelighet vil også stride mot næringskomiteens innstilling til Stortinget, hvor det sies at «komiteen viser til at det i proposisjonen bemerkes at regelverket vil ha særlig

¹⁷⁹ Giertsen (2014) s. 21

¹⁸⁰ Rt. 1959 s. 849, på side 851

¹⁸¹ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

¹⁸² Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

betydning for nyskapende foretak, spesielt mindre foretak som bygger hele sin virksomhet på et fåtalls innovasjoner eller forretningsideer»¹⁸³.

Det synes imidlertid ikke som en god løsning å operere med en generelt *lav* terskel for å oppfylle rimelighetskravet, på bakgrunn av overnevnte momenter. En bedre løsning synes å være en skjønnsmessig adgang til å differensiere mellom parter med ulik grad av profesjonalitet og styrke. Det er klart det vil være mye mer krevende for en oppstartsbedrift å iverksette sikkerhetstiltak som kryptering av e-post og innleieing av sikkerhetsvakter, i motsetning til en større profesjonell part, som har mye større tilgang på ressurser. Det vil også være i strid med Stortingets forutsetning fra Innst. 161 L (2019-2020), som nevnt ovenfor.

På bakgrunn av dette synes det som at å ta hensyn til individuelle forhold ved innehaveren av forretningshemmeligheten synes fornuftig, da det tross alt er stor forskjell med hensyn til ressurser på «Reodor Felgen» og på det store multinasjonale konsernet.

3.5.4 Delkonklusjon

Kravet patentretten stiller til hemmelighold for å overholde nyhetskravet er åpenbart for strengt til å kunne overføres til forretningshemmeligheten. Likevel kan det tenkes at inspirasjon kan hentes fra kravet til «enabling disclosure». Dersom forretningshemmeligheten er beskyttet på en måte som gjør at en fagperson ikke vil forstå innholdet i hemmeligheten, selv om han fysisk kan observere den, så vil kravet til rimelige tiltak mest sannsynlig være innfridd.

Tematikken med ulik styrke mellom kontraktsparter og profesjonelle parter mulighet til ivareta egne interesser er gjennomgående i kontraktsretten og for kommersiell virksomhet generelt. Dette tilsier at man nok kan trekke lignende betraktninger ved vurderingen av hvor terskelen ligger for «rimelige tiltak» jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c).

¹⁸³ Innst. 161 L (2019-2020) s. 2

4 Avslutning

Avhandlingen utgjør et forsøk på oppstille noen retningslinjer og/eller vurderingsmomenter for rettsanvender ved vurderingen av om kravet til «rimelige tiltak» etter forretningshemmelighetsloven § 2 c) er innfridd. Problemstillingen er vid og ambisiøs, og dermed utgjør avhandlingen kun et forsøk på å besvare den. Dette er gjort ved å ta utgangspunkt i Ragnar Knophs teori om rasjonalisering rettslige standarder¹⁸⁴, og på bakgrunn av et nokså tomt rettskildebilde¹⁸⁵.

Etter gjennomgangen av lovtekst, forarbeider og den eldre rettstilstanden i punkt 3.3 så kan det trekkes ut noen momenter som kan være av betydning ved vurderingen. Det skal foretas en konkret vurdering av de tiltak som er iverksatt, og det oppstilles et krav til at det må være tale om å iverksette noenlunde *aktive* tiltak. Forarbeidene¹⁸⁶ gir imidlertid ingen anvisning på hva som ligger i aktive tiltak, utover at det kreves noe mer enn Høyesterett krevde i SAS/Braathens-dommen¹⁸⁷. Forretningshemmelighetsloven § 2 c) innebærer altså en «forsiktig skjerping av kravene til innehavers aktivitet, sammenlignet med gjeldende rett»¹⁸⁸.

Forarbeidet¹⁸⁹ gir også anvisning på noen retningslinjer til hjelp for rettsanvender ved vurderingen av om kravet til «rimelige tiltak»¹⁹⁰ er innfridd. Disse er redegjort for i punkt 3.3.4. Mye av det samme kan trekkes ut av de svenske og finske forarbeidene¹⁹¹, men gjennomgangen av våre skandinaviske nabolands implementering av forretningshemmelighetsdirektivet endte ikke i noen ytterligere inspirasjon til rasjonaliseringen av rimelighetskravet.

Gjennomgangen av kravet til hemmelighold for å innfri nyhetskravet i patentretten viste at dette er alt for strengt til å kunne overføres til forretningshemmelighetenes område. Dette har blant annet sin begrunnelse i at offentliggjøringsprinsippet og belønningstankegangen bak patentretten ikke gjør seg gjeldende for forretningshemmelighetene. Mange forretningshemmeligheter er også av en helt ulik art enn de opplysningene som kan kvalifisere til enerettbeskyttelse i medhold av patentretten.

¹⁸⁴ Jf. pkt. 2.2

¹⁸⁵ Jf. punkt 1.2

¹⁸⁶ Prop. 5 LS (2019-2020)

¹⁸⁷ Jf. punkt 3.3.2

¹⁸⁸ Prop. 5 LS (2019-2020) s. 26

¹⁸⁹ Prop. 5 LS (2019-2020)

¹⁹⁰ Jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c)

¹⁹¹ Se punkt 3.4

Likevel, som nevnt under punkt 3.5.2, kan det kanskje hentes noe inspirasjon fra kravet til «enabling disclosure» i patentretten. Dersom forretningshemmeligheten er beskyttet på en måte som gjør at en fagperson ikke vil forstå innholdet i hemmeligheten, selv om han fysisk kan observere den, så vil kravet til rimelige tiltak mest sannsynlig være innfridd.

Ved behandling av fristoversittelser i patentretten er det gitt adgang til å vektlegge hvorvidt fristoversitteren er en lokal «Petter Smart», eller om det er tale om et stort konsern.

Styrkeforholdet mellom kontraktsparter er i tillegg en gjennomgående tematikk i blant annet kontraktsretten. Gjennomgangen av dette i punkt 3.5.2 viste at det på forretningshemmelighetens område kan virke fornuftig å legge vekt på lignende betraktninger ved vurderingen av hvor terskelen ligger for «rimelige tiltak» jf. forretningshemmelighetsloven § 2 c).

I alle tilfeller må rettsanvenderen være seg sitt ansvar bevisst i rettsanvendelsesprosessen, og kanskje særlig ved anvendelse av rettslige standarder. Rettsanvender har et selvstendig ansvar for å kvalitetssikre sin egen rettsanvendelse, og forsøke å unngå la seg påvirke av sine personlige tanker og meninger. Som Knoph skrev, så kan ikke rettsanvenderen fullt ut frigjøre seg fra de «irrasjonelle elementene»¹⁹² som ens egne meninger utgjør. Likevel er det viktig å forsøke og lande på en konklusjon som er «gjennemlyst av forstanden så langt det går an»¹⁹³.

¹⁹² Knoph (1939) s. 30

¹⁹³ Loc. cit.

Litteraturliste

Norske lover:

1962	Lov 3. mars 1962 nr. 4 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven – vml.)
1967	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven – patl.)
1972	Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven – mfl.) (opphevet)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)
1985	Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv. (foretaksnavneloven – ftnavnl.)
1988	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven – kjl.)
1990	Lov 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser (kretsmønsterloven – kretsml.)
1993	Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerloven – plfl.)
2003	Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design (designloven – dsl.)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) Lov 06. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)
2009	Lov 09. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven – mfl.)
2018	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven)

2020 Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter
(forretningshemmelighetsloven) – ikke ikrafttrådt pr. 08.06.20

Norske forskrifter, reskripter, plakater, reglementer, rundskriv og direktiver:

2008 Forskrift av 17. juni 2008 nr. 822 om drift av akvakulturanlegg
(akvakulturdriftsforskriften)

Norske lovforarbeider, stortingsmeldinger og forhandlinger i Stortinget:

NU 1963: 6 Betenkning angående nordisk patentlovgivning

Ot.prp.nr.36 (1965–1966) Lov om patenter

NUT 1966: 2 Innstilling fra Konkurranselovkomiteen (Otta 1966)

Ot.prp.nr.73 (1995–1996) Om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern
m.m (TRIPS-avtalen)

Snr. 18/6167 Høring – lov om vern av forretningshemmeligheter, Justis- og
beredskapsdepartementet

- <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-utkast-til-ny-lov-om-vern-av-forretningshemmeligheter/id2620301/> besøkt 07.06.20

Innspill til høring (Snr. 18/6167) fra Harald Irgens-Jensen.

- <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-utkast-til-ny-lov-om-vern-av-forretningshemmeligheter/id2620301/?uid=56c6aaec-4733-483b-b38f-612558f00e13> besøkt 07.06.20

Prop. 5 LS (2019-2020): Lov om vern av forretningshemmeligheter
(forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens
beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU)
2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Innst. 161 L (2019-2020) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om vern av
forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)

Norske rettsavgjørelser:

Høyesterett:	Rt. 1959 s. 849 (Læregutt-dommen)
	Rt. 1997 s. 199 (Cirrus-dommen)
	Rt. 1998 s. 1510 (Ekte Hussopp)
	Rt. 2003 s. 825 (Kværner-kjennelsen)
	Rt. 2007 s. 1841 (SAS/Braathens)
Oslo Tingrett:	TOSLO-2016-206868-2 (Rituximab)
	TOSLO-2018-39917 (Luseskjørt-saken)

Andre myndigheters praksis:

Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR):

Sak 16/00067 23. januar 2017 (Fristoversittelse)

Sak 17/00023 25. januar 2018 (Luseskjørt-saken)

European Patent Office (EPO):

J 0005/94 (Wiedereinsetzung/JÜRGENS) of 28.09.1994

T 0158/96 (Obsessive-compulsive-disorder/PFIZER) of 28.10.1998

EU- og EØS-rettslige kilder

1992	EØS-avtalen – Protokoll 28 om opphavsrett, 02. mai 1992
2016	Europaparlaments- og Rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering

2019 EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett)

Folkerettslige avtaler, ratifisert i norsk rett:

EPC Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), München, 05. oktober 1973, I kraft fra 07. oktober 1977

TRIPS-avtalen Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalen), Marrakesh, 15. april 1994, i kraft fra 01. januar 1995

Utenlandske rettskilder:

Sverige:

Lover: Lag (1990:409) om företagshemligheter (Upphævd författning)
Lag (2018:558) om företagshemligheter, ikraftträdande 01.07.18
Forarbeid: Prop. 2017/18:200 En ny lag om företagshemligheter

Danmark:

Lov: Lov nr. 309 af 25. april 2018 om forretningshemmeligheder, trådte i kraft 09.06.18
Forarbeid: Folketinget A, Lovforslag nr. L 125, Folketinget 2017-18, Forslag til Lov om forretningshemmeligheder

Finland

Lov: 10.8.2018/595 Lag om företagshemligheter, ikraftträdande 15.08.2018
Forarbeid: HE 49/2018 Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om företagshemligheter och till vissa lagar som har samband med den

Litteratur:

Bøker:

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2011

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2014

Irgens-Jensen, Harald; *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2010

Knoph, Ragnar; *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97*, I kommisjon hos Grøndahl, Oslo, 1939.

Knoph, Ragnar; *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2019

Lunde, Tore og Lundby, Terje Michaelsen; *Markedsføringsloven med kommentarer*, 3. utgave, Gyldendal, Oslo, 2019

Stenvik, Are; *Patentrett*, 3. utgave, Cappelen Damm, Oslo, 2013

Stenvik, Are; *Patentrett*, 4. utgave, Cappelen Damm, Oslo, 2020

Tidsskrift:

Bergsjø, Håkon og Ørjasæter, Jo; «*Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern*», Jussens Venner vol. 53 (05/2018), s. 329–345

Irgens-Jensen, Harald; «*Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter*», Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 4/2018, s. 516-538

Lunde, Tore; «*An overview of the Draft Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets), COM(2013) 813. Protection of Trade Secrets in Norway in the Light of the Proposed Directive*», Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 1/2015, s. 128-137.

Professorene Schovsbo, Jens m.fl.; «*The new protection of trade secrets in the Nordic countries*», Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 4/2018, s. 459-463

Nettsider:

Regjeringen.no om EUs vekststrategi «Europa 2020»:

- <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/europa-2020/id685988/> besøkt 05.06.20

Store norske leksikon om TRIPS-avtalen:

- <https://snl.no/TRIPS-avtalen> besøkt 07.06.20

Forretningshemmelighetslovens saksgang:

- <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=77559> besøkt 07.06.20

Regjeringen.no om Patentstyret:

- <https://www.regjeringen.no/no/dep/nfd/organisation/etater-og-virksomheter-under-narings--og-fiskeridepartementet/Subordinate-agencies-and-institutions/patentstyret-/id435115/> besøkt 07.06.20

Patentstyret om kostnader i tilknytning til patentbeskyttelse i flere land:

- <https://www.patentstyret.no/tjenester/patent/sok-patent-i-flere-land/kostnader/> besøkt 07.06.20

EPO om EPO:

- <https://www.epo.org/about-us/at-a-glance.html> besøkt 07.06.20